

***La interpretación originalista de la
Constitución: una aproximación desde la
Filosofía del Derecho***

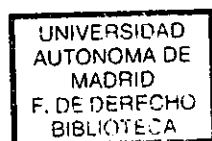
Tesis que presenta Pablo de Lora Deltoro
para la obtención del grado de Doctor, dirigida
por el Prof. Dr. D. Elías Díaz

Área de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de Madrid

Madrid, septiembre de 1997

RD. 100781
30cm.



*A mis padres, Carmen y Federico y a mi hermana María,
por sus palabras y acciones, pues siempre tuvieron la
significación indudable del apoyo y cariño constantes.*



*El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios
y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente
formuladas. Es claro, sin embargo, que estas controversias
hacen referencia siempre, de una u otra manera,
a las limitaciones constitucionalmente establecidas al poder,
al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran
el Estado, y que son, en consecuencia, controversias políticas...
En este sentido, pero sólo en este sentido,
es nuestra jurisdicción una jurisdicción política.*

**(Manuel García-Pelayo, Discurso en el Acto de Inauguración
del Tribunal Constitucional el día 12 de julio de 1980).**

*"The question is," said Alice, "whether you can make words
mean so many different things."
"The question is," said Humpty Dumpty, "which is to be the master-
that's all."*

(Lewis Carroll, *Through the Looking-Glass and what Alice found there*)

INDICE

INTRODUCCIÓN	p.1
CAPÍTULO I: El problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad.....	p.16
1.1 El argumento waldroniano. La tensión entre los ideales normativos de la democracia y los derechos.....	p.17
1.1.1 Un bosquejo de la fundamentación liberal de los derechos en la obra de John Rawls.....	p.23
1.1.2 El constructivismo dialógico: la participación como manifestación de la dignidad individual.....	p.30
1.1.3 Constitucionalizar las exigencias éticas: el contenido esencial de los derechos fundamentales.....	p.36
1.2 Un esbozo de las estrategias justificatorias del control judicial de constitucionalidad.....	p.44
1.2.1 El argumento elitista.....	p.44
1.2.2 El argumento basado en la protección del procedimiento democrático: John Hart Ely.....	p.72
1.2.3 La lógica de Hamilton-Marshall.....	p.76
CAPÍTULO II: El originalismo: primeras aproximaciones.....	p.88
2.1 Breves referencias históricas.....	p.88
2.2 La revitalización del originalismo: trasfondo y consecuencias políticas.....	p.97
2.3 Intenciones semánticas e intenciones de fines.....	p.108
2.3.1 Los tipos de intenciones.....	p.112

CAPÍTULO III: Intención, significado y autoridad. La Constitución (y el derecho) como comunicación.....p.119

3.1 Intención y significado.....p.119

3.1.1 La semántica de H.P. Grice.....p.123

3.1.2 Intención, significado y convención.....p.146

3.2 Intención y autoridad.....p.165

3.2.1 La Tesis de la Intención Autoritativa.....p.165

3.2.2 El papel de las intenciones en los mandatos y en la legislación....p.168

CAPÍTULO IV: Intenciones y realismo semántico. La Constitución (y el derecho) como descripción.....p.181

4.1 Introducción.....p.181

4.2 La Constitución como observación de la realidad normativa.....p.186

4.3 La semántica de Kripke y Putnam.....p.198

4.4 De Moore a Moore. Realismo semántico, realismo moral e interpretación de la Constitución.....p.222

4.4.1 La observación moral: Harman v. Sturgeon.....p.239

4.4.2 De la teoría del error de Mackie al cuasirealismo de Blackburn.....p.245

4.5 La irrelevancia de la metaética objetivista. Las versiones de Waldron y Dworkin.....p.256

4.5.1 La 'futilidad moral' de la metaética.....p.262

CAPÍTULO V: Intenciones y sujetos intencionales.....p.273

5.1 Introducción.....p.273

5.2 Las propuestas de Raz y Alexander.....p.280

5.2.1 El corolario conservador de la Tesis de la Intención Autoritativa...p.286

5.3	Proposiciones contrafácticas y facticidad de las intenciones.....	p.296
5.4	El carácter general de la regulación. La aproximación de Frederick Schauer.....	p.306
5.4.1	Generalizaciones, reglas y modelos de decisión.....	p.306
5.4.2	La <i>autonomía semántica</i> de las formulaciones normativas.....	p.310
5.5	Hércules, el intérprete dworkiniano.....	p.314
5.6	Fidelidad, traducción y humildad.....	p.332
CAPÍTULO VI: Originalismo y autorestricción. El dilema del originalismo.....		p.337
6.1	Introducción: la regla <i>Thayer</i>	p.337
6.2	Intención y concepción 'servicial' de la autoridad.....	p.341
6.2.1	El teorema de Condorcet.....	p.351
6.2.2	El constructivismo epistémico de Nino.....	p.352
6.3	La pericia del constituyente. El dilema del originalismo.....	p.363
6.4	Las excepciones al seguimiento de la Tesis de la Intención Autoritativa.....	p.380
6.5	¿Es la interpretación de la Constitución un salto en la oscuridad?.....	p.391
6.5.1	La indeterminación semántica.....	p.392
6.5.2	El escepticismo sobre la noción de <i>seguir una regla</i>	p.405
Epílogo.....		p.415
Bibliografía.....		p.423

Introducción:

Es frecuente encontrar en los textos de derecho constitucional y de filosofía política el mecanismo del 'pre-compromiso' (*pre-commitment*) como imagen que mejor explica y justifica la idea de Constitución y de un órgano jurisdiccional encargado de velar por ella¹. La previsión de situaciones futuras de debilidad de la voluntad o de deficiencias en la racionalidad hace que los individuos decidan auto-impedirse o limitarse la posible incursión en determinados cursos de acción para así asegurarse el logro de un objetivo que es considerado valioso. De esa forma, con ese 'atarse las manos', actúan, bajo aquellas circunstancias, racionalmente. Así lo hizo Ulises cuando, deseoso de poder escuchar el canto de las sirenas, y consciente de la compulsión a arrojarse al mar que el mismo producía, pidió a su tripulación que le atara al mástil de la nave y que desobedeciera sus futuras ordenes de ser desatado². Así lo hacen las comunidades políticas cuando acuerdan un conjunto de reglas y principios de difícil reforma que disciplinan el ejercicio del poder político³.

La justificabilidad de este tipo de estrategias prudenciales (o estrategias-Ulises) no es pacífica. No lo es, en particular, el presupuesto que informa la misma: una metafísica de la identidad personal según la cual el yo futuro (t_1) es la misma

¹ Vid., Jon Elster, 1984, pp. 37, 93-96; Samuel Freeman, 1990-1991, p. 353; Erwin Chereminsky, 1987, pp. 27-29; Stephen Holmes, 1988, pp. 216, 226 y 1988b, pp. 21-23. En adelante citaré según el sistema autor-fecha-página. Las referencias completas aparecen en la bibliografía final.

² " 'Atarse a uno mismo' es llevar a término una cierta decisión en t_1 para incrementar la probabilidad de que uno adoptará otra decisión en t_2 "; vid., Elster, 1984, p. 39.

³ Esta es una definición de Constitución que, por mínima, creo que puede encontrar la aceptación general.

persona que el yo que, en t_0 , decidió la restricción⁴. Si en el ámbito individual se nos presenta esta sombra de duda, cuando nos trasladamos al plano colectivo las razones para negar la identidad entre, en nuestro caso, el poder constituyente y el poder constituido que nos permite predicar la existencia de una autolimitación son obviamente mucho mayores⁵. Pero también a partir de algunas otras consideraciones, como las resaltadas por Jeremy Waldron⁶, el manejo de la figura del precompromiso para explicar y justificar la restricción constitucional queda en entredicho.

El embrujo del 'canto de las sirenas' que el establecimiento de una Constitución y de un órgano jurisdiccional encargado de velar por ella pretende evitar es, sobre todo, la violación de los derechos fundamentales. En un momento esclarecido, t_0 , el pueblo en su conjunto decide tomar precauciones ante la contingencia de que, en t_1 , una mayoría irracional adopte medidas que en estado de 'lucidez' se reputarían atentatorias de algún objetivo colectivo considerado valioso. Esa es la razón que llevaría a disponer de una pieza institucional con la potestad suprema de interpretar y aplicar la norma fundamental para así bloquear las pretensiones eventualmente inconstitucionales del poder político y lleve a

⁴ Derek Parfit es posiblemente el autor más destacado en la oposición a este postulado; vid., 1984, parte III. Vid., sobre estas cuestiones el iluminador examen de Juan Carlos Bayón, 1991, pp. 100-114.

⁵ Esta es la asunción en la que Jefferson basó su propuesta de revisión de la Constitución cada 19 años para asegurar así que cada generación no se gobierne más que a sí misma. Una idea esta de la no obligatoriedad para la posteridad de un convenio en el que no tuvo parte, que se encuentra ya en el sofista Antifón; vid., F.M. Cornford, 1980, p.p. 38-39. Para una genealogía de esta noción de convenio como origen del poder y su problemática en los clásicos del pensamiento político, vid., Stephen Holmes, 1988, *passim*.

⁶ Vid., 1993, pp. 47-49 y 1994, pp. 27-41.

efecto, por tanto, *la verdadera y responsable voluntad del pueblo*⁷.

Jon Elster ha escrito que una decisión de auto-limitarse la posible incursión en cursos de acción futuros sólo puede ser así considerada cuando, de alguna forma, impedimos causalmente abandonar en t_1 el compromiso adoptado en t_0 ; en sus propias palabras, tal restricción en el análisis conceptual del precompromiso implica que: "El efecto de llevar a término la decisión hecha en t_0 debe ser configurar algún proceso causal en el mundo externo"⁸.

¿Qué contaría como impedimento causal externo en nuestro caso-se pregunta Waldron? Parece que nada pues, nos recuerda, como el propio Elster gráficamente sugiere, todo lo que es posible constitucionalmente hacer es, en cierto sentido, igualmente desmontable⁹. En el ámbito individual también lo que a primera vista aparece como un genuino pre-compromiso (por involucrar la disposición de un mecanismo causal impeditivo), en realidad no lo es. Y ello por lo siguiente.

Supongamos, nos plantea Waldron, el pre-compromiso de no conducir borracho. Uno podría dejarle las llaves a un amigo con el ruego de no dárselas si advierte que ha bebido en exceso y conducir él de vuelta a casa. O bien, por

⁷ Vid., por todos, Michael J. Perry, 1994, pp. 17-20.

⁸ Elster, 1984, p. 42. De esa forma quedan excluidos los supuestos de 'decisiones de decidir'. El precompromiso es algo más que la 'firme resolución'; es el "[d]epósito temporal de nuestra voluntad en alguna estructura externa"; *ibid.*, p. 43.

⁹ Vid., Waldron, 1997, cap. 14, p. 13.

contra, decidir instalarse un mecanismo en el coche capaz de detectar el nivel de alcoholemia y de impedir el encendido en caso de que exceda el límite a partir del cual no es recomendable conducir. En el primer supuesto no hay, como en el segundo, un mecanismo causal que asegure el pre-compromiso. Este operaría en virtud del cumplimiento por el amigo de no devolver en t_1 las llaves; es decir, de su juicio y decisión, aspectos ambos no completamente controlables ex ante por el que decide 'atarse las manos'. Ello tiene la ventaja de que permite vincularnos con un 'principio' que no opera rígidamente. Imaginemos, prosigue Waldron con el ejemplo, que en una circunstancia determinada es imprescindible usar el coche aunque nuestro nivel de alcoholemia sea muy elevado (porque, pongamos por caso, hemos de acudir con urgencia a un hospital). En ese supuesto, el mecanismo causal nos parecerá un craso error, y llegaremos a la conclusión de que es mejor confiar en el juicio del amigo, capaz de establecer sensatas excepciones a la regla¹⁰.

Este sería nuestro caso. Las constricciones constitucionales como formas de pre-compromiso democrático operan en el modelo del 'juicio del amigo': investimos a un órgano con el poder de determinar, como una cuestión de juicio, si la conducta del legislador en t_1 vulnera la autolimitación escrita en t_0 .

Es conocido que en la polémica entre Kelsen y Carl Schmitt acerca de a quién

¹⁰ Waldron, 1997, cap. 14, pp. 14-15 (un mecanismo causal impeditivo para el ejemplo de Ulises consistiría en su petición de ser atado y *amordazado*, pues Ulises podría entender que en t_1 su tripulación va a sucumbir ante sus ruegos y le va a desatar). Expresado en otros términos (*resistencia* versus *rigidez* constitucional), esta es la distinción que también ha explorado entre nosotros Francisco Tomás y Valiente; vid., 1994, pp. 635-646 (analizando la génesis y plasmación de ambos modelos en la historia constitucional, e inclinándose a favor de la resistencia como forma de adaptar la Constitución a los nuevos tiempos a partir de los valores y principios que en la misma se incorporan; vid., infra nota 21 el famoso *dictum* del juez Marshall en el mismo sentido).

debía corresponder la defensa de la Constitución, el segundo dudaba del carácter jurisdiccional de esa función. En sus propias palabras: "Semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?"¹¹. Y lo cierto es que el propio Kelsen, defensor en cambio de tal institución y propagador de su establecimiento en Europa, ya previno de las dificultades de justificación que tendría aquella, es decir, de lo muy difícil que resultaría seguir considerando como estrictamente judicial la actividad de los tribunales constitucionales (como meros aplicadores de la Constitución, como legisladores negativos) si no resultaban limitadas al máximo las oportunidades de moverse en el margen de discrecionalidad que toda norma formulada con carácter general, y más la Constitución, concede. Pese a su extensión, las consideraciones de Kelsen al respecto (derivadas, claro, de su recurrentemente defendida posición metaética no objetivista ni cognoscitivista) merecen la pena ser reproducidas en su integridad, pues no pueden ser más oportunas en la discusión sobre el tipo de pre-compromiso que representa la Constitución y la institución encargada de su vigilancia.

Illas normas constitucionales a disposición de un Tribunal Constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales

¹¹ 1983, pp. 62-63. La no jurisdiccionalidad de la actividad de vigilancia del cumplimiento de la Constitución radicaba también para Schmitt en que propiamente hablando, aplicar el derecho es una operación de subsunción del conjunto de hechos dados en un caso particular en la hipótesis de la norma para deducir una consecuencia normativa; no es ese el caso en el control de constitucionalidad pues lo que se subsume son también normas; *ibid.*, pp. 84-86, 88. Desde otros parámetros también ha insistido en el carácter político de la Corte Suprema norteamericana Robert A. Dahl en un artículo ya canónico; *vid.*, 1957, pp. 279-281.

*y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como libertad, igualdad, justicia, etc. De lo contrario, existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él, 'que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las representadas por el Parlamento'*¹²

Y más adelante

Podrían interpretarse las disposiciones que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. Ello no obstante, el límite entre esas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las declaraciones de derechos individuales es fácilmente difuminable, y no es imposible que un Tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del Tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el Tribunal Constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante—ciertamente no querido por la Constitución y contraindicado políticamente—del poder del Parlamento a una instancia que le es ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si

¹² 1995, p. 33-34. En el debate entre federalistas y anti-federalistas sobre la pertinencia de la inclusión en la Constitución de un catálogo de derechos fundamentales, Madison ya vislumbró igualmente tal preponderancia de los tribunales frente al legislador si finalmente se optaba por la tesis de la inclusión: "[l]os tribunales independientes de justicia se considerarán a sí mismos de manera peculiar los guardianes de aquellos derechos; serán una barrera impenetrable frente a toda asunción de poder del legislativo o ejecutivo; de forma natural serán llevados a resistir cualquier vulneración de los derechos expresamente estipulados en la constitución por la declaración de derechos" (discurso ante la Cámara de Representantes de 8 de junio de 1879, en *The Papers of James Madison*, William T. Hutchinson, William M. E. Rachal, Robert Rutland et al., (eds), Chicago and Charlottesville, 1962-1991, 17 Vols., Vol. 12, p. 204, citado en Jack N. Rakove, 1996, p. 335).

*quiere establecer principios relativos al contenido de la leyes, formularlos del modo más preciso posible*¹³

Lo cierto es que, y así resulta fácilmente constatable por cualquiera, la recomendación kelseniana (que podemos contemplar como la preferencia por un mecanismo causal o mecánico de pre-compromiso constitucional, frente al modelo del 'juicio del amigo'), ha caído en saco roto. La mayoría de las constituciones cuentan con una declaración de derechos básicos de los ciudadanos, un buen repertorio de elementos normativos varios tales como valores y principios¹⁴, así como formulaciones lingüísticas sobre las que se produce un desacuerdo razonable en cuanto a su determinación semántica. Trasladando a una consideración vertical del ordenamiento jurídico el célebre e iluminador concepto hartiano de 'zona de penumbra' en el significado de las normas, cabría decir que es la Constitución en sí misma una notable penumbra (en la que obviamente se pueden vislumbrar áreas de mayor claridad).

El objeto de este trabajo es la exposición y análisis de la lectura que de la Constitución se ha avanzado en los últimos años, el originalismo, como forma de 'salvar' el presunto carácter ilegítimo del control judicial de constitucionalidad. Una estrategia justificatoria de esta institución que me atrevo a rotular como 'la

¹³ Kelsen, 1995, pp. 36-37 (nota 11). Vid., en el mismo sentido Mauro Cappelletti, 1980, pp. 419-420.

¹⁴ Refiriéndose a la Constitución española, Manuel Aragón ha insistido en su carácter esencialmente 'principalista'; vid., 1990, pp. 73-80. Véase un análisis de la desviación del modelo kelseniano del control judicial de constitucionalidad en el caso español, precisamente por las razones presagiadas por Kelsen que conduce a una mutación en la idea de Constitución (desviación que se manifestaría en la inclinación del Tribunal Constitucional a comportarse como un legislador a secas, particularmente en el supuesto de las sentencias llamadas 'interpretativas', 'aditivas' y 'manipulativas'), en Marina Gascón Abellán, 1994, pp. 70-77.

interpretación como criterio de legitimidad': el entendimiento de que el 'vigilante' de la Constitución será o no un usurpador, un poder ilegítimo, dependiendo de cómo interprete la norma suprema¹⁵. Como han afirmado Gutmann y Thompson, aceptado el modelo de la democracia constitucional, es decir, la imposición de restricciones sustantivas a la aplicación de la regla de la mayoría por la vía de la promulgación de reglas y principios de justicia de carácter abstracto, la importancia de la interpretación de las mismas en lo que a la resolución y evaluación del desacuerdo moral en la vida política respecta, es al menos tan notable como su propia adopción y formulación¹⁶.

Asimismo y refiriéndose al ámbito norteamericano, Robert H. Bork ha puesto de manifiesto que el 'dilema madisoniano' que, de acuerdo con Robert Dahl, tiñe la estructura de gobierno norteamericana (presuntamente basada en la regla de la mayoría, pero que cuenta a su vez con instituciones correctoras de clara inspiración madisoniana para evitar el faccionalismo y la tiranía de las mayorías), se resuelve mediante la interpretación de la Constitución. Para ello, nos dice Bork, la Corte Suprema ha de tener (y demostrarlo) una teoría válida de las respectivas esferas de libertad de las mayorías y las minorías derivada de la Constitución. En otro caso, y dados los axiomas del sistema político descritos por Dahl, la supremacía judicial sería imposible de justificar¹⁷.

¹⁵ Vid., Thomas C. Grey, 1975, p. 705; H. Hamner Hill, 1988, pp. 96-97, y Michael W. McConnell, 1988, p. 361.

¹⁶ Vid., Amy Gutmann & Dennis Thompson, 1995, p. 100.

¹⁷ Vid., Robert H. Bork, 1971, pp. 2-4. En la misma línea Michael J. Perry también ha subrayado que la cuestión de la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad y el debate sobre la interpretación de la Constitución se encuentran inextricablemente unidas; vid., 1994, p. 15. Para el que fue

Ello explica que la interpretación de la Constitución ocupe hoy tantos esfuerzos de filósofos y teóricos del derecho, constitucionalistas y politólogos, pues esa actividad se apunta como la gran panacea para los que observan la dificultad de justificación de la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad como una amenaza genuina, pero al tiempo perciben que la justicia constitucional es de alguna forma necesaria¹⁸ o, en todo caso, un mecanismo lo suficientemente enraizado en algunos sistemas como para plantearse ex novo su conveniencia.

Si la interpretación de la Constitución tiene alguna especificidad con respecto a la interpretación del derecho en general es precisamente por las dos razones apuntadas: la percepción del carácter potencialmente anómalo de la institución del control judicial de constitucionalidad, y los rasgos propios de esa particular 'norma' que es la Constitución¹⁹. Como afirmara el juez Marshall con rotundidad al referirse a la interpretación del texto fundamental norteamericano, y optando, a diferencia de Kelsen, por ese modelo de pre-compromiso que denominé anteriormente 'juicio del amigo',

juez de la Corte Suprema norteamericana (William J. Brennan Jr.), la discusión sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad lo es en realidad acerca de cómo ha de 'leerse' la Constitución, sobre las constricciones que generan una interpretación legítima; vid., 1985, p. 4.

¹⁸ Vid., Earl Maltz, 1987, p. 792 (1987 b)) y las iluminadoras consideraciones en esa dirección planteadas por Francisco Rubio Llorente en el prólogo a Enrique Alonso García, 1984, pp. XVIII-XXV.

¹⁹ Vid., Andrei Marmor, 1992, pp. 172-173 y Luis Prieto Sanchis, 1991, p. 176. Prieto indica, además, que a diferencia de la jurisdicción ordinaria, donde lo que prima en la actuación judicial es la 'unidad de solución justa', en la jurisdicción constitucional la nota característica es la erradicación o declaración de ser intolerables ciertas interpretaciones de la Constitución; vid., *ibid.*, pp. 176-178.

*Una Constitución, de contener detallada y exactamente todas las subdivisiones admisibles de los grandes poderes que establece, junto con los medios para implementarlas, participaría de la prolijidad de un código y sería difícilmente abarcable por la mente humana. No sería probablemente nunca entendida por el público. Su naturaleza, por tanto, requiere que sólo se marquen sus grandes contornos, designados sus objetos más importantes, y los menores ingredientes que los componen sean deducidos de la naturaleza de los objetos mismos. Que esta idea fue abrigada por los constituyentes de la Constitución americana es inferible no sólo de la naturaleza del instrumento sino de su lenguaje... Al considerar esta cuestión, pues, no debemos nunca olvidar que es una Constitución lo que estamos explicando*²⁰

Un instrumento este que, afirma Marshall más adelante, "[s]e pretendía perdurara en los tiempos venideros, y consecuentemente, fuera adaptado a las varias crisis de los asuntos humanos"²¹.

La desventaja de una Constitución, un pre-compromiso colectivo, como el preferido por Marshall es que puede ser utilizado de forma tal que al aplicarlo no se implementen las intenciones del agente que lo instituyó en el momento t_0 ²². En puridad, la justificación de la Constitución y del control judicial de constitucionalidad sobre las coordenadas del pre-compromiso colectivo exigen precisamente lo contrario. El originalismo es la teoría de la interpretación de la Constitución que vindica esa forma de lectura constitucional. Como ha ilustrado lúcidamente Waldron, "[s]i una provisión constitucional (protectora de los derechos de las minorías) es realmente un pre-compromiso del pueblo o sus representantes, entonces no es en absoluto inapropiado preguntarles: ¿fue este el precompromiso

²⁰ Vid., *M'Culloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819), 407. Se juzgaba en este asunto la constitucionalidad de una ley del congreso que creaba el banco federal.

²¹ *M'Culloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819), 415.

²² Waldron, 1997, cap. 14, p.16.

que tú pretendiste? Si surge una controversia entre los miembros de la tripulación acerca de si Ulises debe continuar amarrado al mástil tiempo después de que hayan dejado de ser audibles los cantos de las sirenas, pues algunos tripulantes creen que él quería evitar la tentación proveniente de la siguiente isla por la que van a pasar, entonces no hay más solución que preguntarle"²³.

Parece entonces que las intenciones o propósitos del que estableció el precompromiso son cruciales a la hora de determinar lo que en el momento t , corresponde hacer. Ahora bien, cabría pensar que las dudas interpretativas se resuelven investigando la *naturaleza de lo referido* mediante los signos lingüísticos en los que se formula el precompromiso, (pues esa es la pretensión más razonable que cabe asignar al constituyente), y no tanto acudiendo a lo que este *quisiera decir*. A esta variante la denominaremos 'interpretación basada en el realismo semántico'.

Las respuestas hermenéuticas del originalismo y del realismo semántico encierran propuestas explicativas (acerca del significado de las palabras que componen las formulaciones normativas²⁴ y del concepto de autoridad práctica)

²³ Waldron, 1997, cap. 14, p. 23.

²⁴ Habrá ocasiones en que utilizaré en el texto indistintamente esta expresión y la de norma. Quiero prevenir que en puridad no son equivalentes tal y como se manejan hoy en la teoría del derecho. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, con la expresión **norma** nos referimos al significado de la **formulación normativa**, y con esta a la entidad lingüística utilizada para prescribir una determinada acción. De acuerdo con dicha distinción, a partir de lo que Navarro denomina 'criterio semántico de identificación' (1993, p. 244), no tendría sentido hablar de interpretar una norma sino las formulaciones normativas. La mención de un criterio semántico de identificación de las normas jurídicas puede resultar confusa como caracterización, precisamente, de la posición de estos acerca de la naturaleza de las normas (1991, pp. 122-123). Recordemos que para la concepción expresiva que ambos mantienen, es la dimensión pragmática (fuerza ilocucionaria) y no semántica la que las distingue; es decir no existe un significado prescriptivo en los enunciados que los convierta en normativos (como sostiene la por Alchourrón y Bulygin

y pretensiones justificatorias (fundamentalmente cómo deben actuar los jueces constitucionales) radicalmente contrapuestas entre sí, como espero quede constatado a lo largo del trabajo. Ambas dimensiones, descriptiva y normativa, serán tenidas en cuenta en los dos casos. Se trata de las concepciones sobre la interpretación de la Constitución más ambiciosas y, seguramente por ello, más controvertidas que han aparecido en el panorama de la filosofía jurídico-política y del derecho constitucional en los últimos años (particularmente en el ámbito anglosajón, y de ahí que vaya a hacer un uso intensivo de la literatura producida en ese contexto). La atención que han recibido en España por parte de los filósofos del derecho y de los constitucionalistas ha sido, hasta el momento, escasa y no exhaustiva²⁵. Este trabajo pretende así, modestamente, contribuir a paliar ese déficit.

Antes de proceder al análisis de esos dos modelos interpretativos, he de acabar de perfilar y completar las razones de su surgimiento que, como vengo insistiendo desde anteriores páginas, tienen que ver de manera sustancial con el problema de la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad. A esta cuestión dedicaré el primer capítulo, en el que sumariamente exploraré otras

denominada concepción hilética). La posible contradicción es sólo aparente si tenemos en cuenta que esta segunda cuestión versa sobre el 'estatus ontológico' de las normas y la primera sobre su 'identificación'. Conjugando todos los factores cabría concluir diciendo que para Alchourrón y Bulygin una norma es el **significado de una entidad lingüística que se utiliza para prescribir una determinada acción** (o dicho de otro modo, una entidad lingüística **es** un enunciado normativo si se utiliza para prescribir, y lo que tal enunciado signifique **identifica** la norma). Para una excelente ilustración del debate entre las posiciones expresiva e hilética, vid. Bayón, 1992, pp. 249-257 y Alchourrón-Bulygin, 1991, pp. 121-153; Alchourrón-Bulygin, 1991, pp. 439-463 y Alchourrón, 1986, pp. 171-184.

²⁵ Vid., sobre todo el trabajo de Juan Carlos Bayón, 1985, pp. 137-153, así como, Miguel Beltrán de Felipe, 1989, *passim* y Enrique Alonso García, 1984, caps. IV, V, VIII y IX y Moreso, 1996.

estrategias justificatorias que son manejadas y que, en mi opinión, no resultan exitosas. De no abordar este análisis creo que estaríamos en peores condiciones de percibir el alcance, implicaciones normativas, y motivaciones que subyacen a las concepciones originalistas y del realismo semántico.

Al iniciar esta introducción indiqué como una de las razones para dudar de la equiparación entre el pre-compromiso individual y las restricciones constitucionales consistía en la dificultad de predicar la misma identidad entre el poder constituyente y el poder constituido que nos permite hablar de una auto-constricción, pero cómo ese no era el único obstáculo con el que nos encontrábamos al tratar de establecer el símil. Además de que el lenguaje constitucional nos inclina a pensar que el pre-compromiso colectivo se corresponde no con el dispositivo causal de aseguramiento de la autorestricción, sino con el modelo del 'juicio del amigo', hemos de reparar también en los dos siguientes aspectos. (1) La preferencia dominante de Ulises tanto en t_0 como en t_1 es poder escuchar el canto de las sirenas sin abandonarse al mar; una situación de eventual debilidad de la voluntad (*akrasia*) o de déficit de racionalidad explica sus deseos en t_1 de ir al encuentro de las sirenas o de insistir en la devolución de las llaves del coche aunque no estemos en condiciones de conducir. ¿Es esta la situación en el caso de la restricción constitucional? La respuesta negativa es ilustrada por Waldron mediante el siguiente ejemplo. Imaginemos a alguien que se debate entre concepciones religiosas rivales. Un día finalmente opta por la creencia en una religión monoteísta. Se compromete de forma devota y reniega de los libros de filosofía de la religión y teología que guarda en su biblioteca

privada que le han hecho dudar durante tanto tiempo. Cierra con candado la biblioteca y le entrega las llaves a un amigo con el ruego de que bajo ninguna circunstancia se las devuelva. Pero tiempo después, nuevas reflexiones despiertan sus incertidumbres de antaño y pide al amigo las llaves. Tanto en este supuesto como en el del conductor borracho hay un pre-compromiso, pero en el ejemplo de la biblioteca su mantenimiento por parte del amigo implica tomar partido en una disputa entre dos yoes conflictivos sin que pueda discriminar entre ellos recurriendo a la patología, irracionalidad o akrasia de uno de los dos: simplemente se ha cambiado de preferencia²⁶. (2) Ulises y el conductor que va a la fiesta tienen claro en t_0 el contenido del precompromiso. El aspecto que preside, en cambio, la restricción constitucional es el desacuerdo tanto en t_0 como en t_1 . Es una mayoría del cuerpo político la que establece la Constitución y una segunda mayoría la que implementa el pre-compromiso²⁷.

Aunando ambos factores, podemos construir una imagen más fiel de lo que supone la restricción constitucional de la que dibujé al iniciar esta introducción. Recurriendo nuevamente al ejemplo del debate entre concepciones religiosas, lo que tenemos es que nuestro diletante personaje entrega las llaves de la biblioteca a un grupo de amigos que decide por mayoría en t_1 si entregárselas o no, pero esa decisión queda sujeta a la revisión inapelable de una 'segunda instancia' que interpreta el pre-compromiso y decide, también por mayoría, cual de las dos

²⁶ Waldron, 1997, cap. 14, p. 29.

²⁷ Ibid., pp. 31-35.

preferencias (reabrir o no la biblioteca) ha de primar²⁸. ¿Qué razones justifican la primacía de esa segunda mayoría?

²⁸ Id., p. 31 (he hecho algunas adaptaciones menores del ejemplo de Waldron).

CAPITULO I: El problema de la justificación del control judicial de constitucionalidad

La discusión sobre la justificabilidad del control judicial de constitucionalidad no es en absoluto nueva. El 'problema', adjetivado por Mauro Cappelletti como 'poderoso' (*mighty problem*)²⁹, es abordado en algunos textos ya canónicos del derecho constitucional y la filosofía política. Entre los *loci classici* más importantes cabe destacar: las reflexiones de Alexander Hamilton en *El Federalista* N° 78³⁰, la opinión del juez Marshall en la sentencia *Marbury v. Madison*³¹, los escritos de Sieyès³², la polémica entre Kelsen y Schmitt³³ y la obra del constitucionalista norteamericano Alexander Bickel³⁴.

²⁹ Vid., 1980, pp. 411-412.

³⁰ Vid., 1888, pp. 482-491.

³¹ Vid., US 1 Cranch 137 (1803).

³² Vid., 1993, pp. 257-269.

³³ Vid., Hans Kelsen, 1995, *passim* y Carl Schmitt, 1983, *passim*.

³⁴ Vid., 1986, *passim*.

1.1 El argumento waldroniano. La tensión entre los ideales normativos de la democracia y los derechos

Sin embargo, en los últimos años la controversia ha cobrado nuevos bríos debido sin duda a la obra del filósofo político Jeremy Waldron. En el marco del debate sobre la implantación de una Constitución en Gran Bretaña y de un órgano encargado de velar por ella (propuesta conocida como *Charter 88*), Waldron ha vuelto a poner de manifiesto con agudeza las dificultades que nos encontramos cuando tratamos de justificar, desde una teoría liberal, que jueces no elegidos democráticamente sean los encargados de defender la Constitución; es decir, que su interpretación del texto constitucional, especialmente en materia de derechos fundamentales, sea prevalente frente a la lectura que el legislador realiza al desempeñar su labor reguladora³⁵. Y el interés del razonamiento de Waldron radica en que, a diferencia de las invectivas de antaño articuladas exclusivamente sobre la creencia en el valor supremo e incontestable de la opinión de la mayoría, o bien sobre el escepticismo radical acerca de la existencia de tales derechos, como fue paradigmáticamente el caso de Bentham³⁶, el conjunto de objeciones que

³⁵ Vid., 1993, especialmente, pp. 39, 45. La *Charter 88* ha tenido en cambio en Ronald Dworkin uno de sus más firmes defensores; vid., 1990a, *passim*. En el contexto de la literatura española puede verse en esta línea, Ernesto J. Vidal Gil, 1994, pp. 236-240.

³⁶ Para quien, como es ampliamente conocido, los derechos naturales son 'disparates sobre zancos'; "*Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, nonsense upon stilts*" ("Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution", en su totalidad en *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1843, Vol. II, énfasis del autor; la cita la he tomado de Waldron, 1987, p. 53). Vid. en la misma obra el análisis de Waldron sobre la cuestión y su respuesta frente a las objeciones aducidas contra la idea de derechos humanos en aquellos clásicos, en pp. 34-45 y 166-209. En los últimos tiempos los ataques a la noción de derechos individuales tal y como se presentan en la filosofía política liberal provienen de las filas del comunitarismo. Vid., de la extensísima bibliografía al respecto, las consideraciones, con acentos benthamianos de Alasdair MacIntyre en relación a la noción de derechos individuales: "[n]o hay tales derechos, y la creencia en ellos es como la creencia en brujas y unicornios"; 1981, p. 67. Y la razón para la increencia es la misma en ambos casos: "[t]odo intento de dar buenas razones para creer que hay tales derechos ha fracasado"; *ibid* (véase también pp. 64-65). En la literatura en castellano vid., por todos,

esgrime se hace desde el propio ámbito en el que tradicionalmente se ha defendido tal institución protectora de los derechos establecidos en la norma fundamental; un ámbito teórico que en sentido amplio podemos entender se haya delimitado por las coordenadas del ideario filosófico-político liberal y en el que se pretende conjugar los ideales normativos de la democracia y los derechos fundamentales de los individuos.

En el trabajo de Waldron se trata pues de poner de relieve, como veremos a continuación, el difícil encaje de esos dos ideales que parecen haber presidido dicho programa ilustrado y moderno heredero, en términos generales, del pensamiento de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant: la regla de la mayoría como procedimiento de adopción de decisiones y el respeto a la dignidad y autonomía de los individuos que se concreta en la garantía de sus derechos básicos. Ambos axiomas, como ha resaltado Habermas, se presentan mutuamente implicados: "La conexión interna entre soberanía popular y derechos humanos que buscamos, consiste en el hecho de que los derechos humanos establecen precisamente las condiciones bajo las cuales las distintas formas de comunicación necesaria para la legislación políticamente autónoma, pueden ser legalmente institucionalizadas. Estas condiciones no son ya constricciones, sino condiciones posibilitadoras para el ejercicio de la soberanía popular"³⁷.

Las ideas básicas que componen la argumentación de Waldron y que se

Alfonso Ruiz Miguel, 1992, pp. 95-114.

³⁷ Habermas, 1994, pp. 12-13.

dirigen a resaltar la tensión interna que tal implicación ofrece son cuatro: (1) la defensa de una teoría moral basada en los derechos no lleva necesariamente a propugnar el establecimiento de una declaración de derechos y un órgano de control de constitucionalidad al estilo norteamericano; (2) precisamente los filósofos políticos liberales deben ser los primeros en dudar de la oportunidad de canonizar aquellos si eso supone expulsar del debate político aspectos básicos de la regulación de la convivencia; (3) la filosofía política reciente no ha prestado suficiente atención a los procesos de toma de decisiones bajo circunstancias de desacuerdo radical (ni ha extraído de ellos las debidas consecuencias: bajo tales condiciones, una concepción de los derechos como 'triumfos' no incluye ni informa una teoría adecuada de la autoridad); (4) el respeto a los derechos de participación política es incompatible con la creación de una institución encargada de la revisión y adaptación de los derechos fundamentales si la coyuntura es la del desacuerdo y el cambio social³⁸.

La constitucionalización de los derechos, y más aún la existencia de un órgano que los 'custodia', afirma Waldron, refleja una desconfianza que no casa, precisamente, con los presupuestos de una teoría de la justicia basada en los derechos individuales o que pretende fundamentar estos. El ansia por fijarlos evidencia una actitud de pesimismo antropológico que nos permite dudar, igualmente, sobre la conveniencia de que los seres humanos sean titulares de derechos, pues las mismas razones (autonomía moral y dignidad) que sustentan tal atribución de titularidad, habrían de autorizar que pensemos en ellos como portadores, también, de responsabilidades políticas. Como el propio Waldron

³⁸ Waldron, 1993, pp. 18-20. Vid., en igual sentido Robert A. Dahl, 1957, pp. 282-283.

apunta: "Es precisamente porque veo en cada persona un agente moral potencial, al que conferimos dignidad y autonomía, por lo que estoy deseoso de confiar al pueblo la carga del autogobierno"³⁹.

Ahora bien, si el establecimiento de los derechos derivara de una concepción moral o política que hemos descubierto como verdadera u objetivamente válida, es lógico que pretendiéramos quedaran constitucionalmente especificados⁴⁰. Pero este no parece ser el caso para el filósofo moral liberal que no puede dejar de reconocer que la proposición de una ética normativa de la que derivar exigencias políticas individuales en forma de derechos está plagada de notables dificultades, y es siempre provisional. Un repaso, que será necesariamente superficial, a las éticas procedimentales o constructivistas (sea en su versión dialógica habermasiana o contractualista rawlsiana) me permitirá, por un lado, ilustrar esas dificultades de fundamentación y, por otro, y a partir de ellas, comprobar como finalmente, y tal y como apunta Waldron, en nuestras asunciones filosófico-normativas, ante el hecho del desacuerdo, no podemos dejar de reconocer que finalmente el contenido de tales derechos fundamentales, aun contemplados como límites a la decisión mayoritaria, es el que determina una mayoría. La pregunta es por ello genuinamente pertinente: ¿qué razones hay para que tal mayoría sea la de jueces no responsables electoralmente ante los ciudadanos?⁴¹ Entendidos los

³⁹Waldron, 1993, p. 28.

⁴⁰Si bien ello nos haría topar con el problema que Nino ha denominado 'la paradoja de la irrelevancia o superfluidez moral de la Constitución'. Si esta deriva de un conjunto de principios de justicia accesibles por todos, ¿por qué no acudir directamente a ellos para justificar las decisiones jurídico-constitucionales? La Constitución aparecería como superflua por redundante; vid., 1992, pp. 14-21.

⁴¹De ahí que Bickel se refiriera a la *judicial review*, como una institución 'anómala' (*deviant*), 'contramayoritaria' en el sistema democrático norteamericano; vid., 1986, pp. 16, 18-19. Sobre el carácter

derechos como exigencias o pretensiones (*claims*) éticas básicas absolutas y generales de los individuos frente a los demás y derivando los mismos, por tanto, de un último axioma o conjunto de axiomas⁴², es por lo que resulta procedente este somero análisis de la propuesta metaética constructivista (de la que cabe inferir aquellas exigencias) que me parece informa esa categoría dworkiniana de 'teorías basadas en los derechos' (*right-based theories*)⁴³ que tan centralmente aparece como característica de la filosofía política liberal⁴⁴.

Previamente a hacerlo he de insistir en que parto de una concepción de los derechos humanos como 'derechos morales', como exigencias o pretensiones especialmente importantes o relevantes (no negociables), es decir, como "razones dotadas de una especial fuerza justificatoria"⁴⁵. El uso de

de insoslayabilidad y permanencia del problema del control de constitucionalidad ha llamado también la atención Robert Alexy, vid., *Theorie der Grundrechte*, citado por Ernesto Garzón Valdés en 1994, p. 94 y en el ámbito de la literatura en castellano, Francisco Rubio Llorente, cuando comentando la vigencia del *mighty problem* (vid. supra Cappelletti), afirma: "[e]s notorio que sigue siendo una cuestión abierta la de la compatibilidad entre esta jurisdicción y algunas concepciones de la democracia y es más viva que nunca la discusión sobre cuales deban ser los límites de este poder 'antimayoritario' en relación con los otros poderes 'políticos' del Estado"; vid., 1988, p. 12.

⁴²John Mackie, 1984, pp. 169-170.

⁴³Dworkin establece una distinción entre teorías políticas según como hagan depender o conectar entre sí objetivos o metas (*goals*), derechos y deberes y la prioridad que den a estas nociones. El utilitarismo sería el ejemplo paradigmático de *goal-based theory*, el kantismo de *duty-based theory*, y la teoría de Rawls de justicia como equidad de *right-based theory*, pues sitúa y protege como algo fundamental el valor de la elección individual, y a diferencia de la teoría basada en deberes, considera instrumentales los códigos de conducta; vid., 1977, pp. 171-173. Dejo a un lado las teorías morales de carácter finalista (neor aristotélicas o utilitaristas en sus múltiples versiones) sin entrar en la cuestión (discutible), de su posible vinculación con el liberalismo político (especialmente la del utilitarismo). En todo caso, y como ha resaltado Mackie, si entendemos que las nociones de separabilidad entre los individuos y de autonomía en la formación y liderazgo de planes de vida son basilares en el planteamiento liberal y presupuestos ineludibles en la apuesta por los derechos individuales, no parece sencillo predicar tal conexión; vid., Mackie, 1984, pp. 175-176.

⁴⁴Así, Carlos Santiago Nino, 1983, p. 418.

⁴⁵Vid., Francisco Laporta, 1987, pp. 30-31. Vid., también, Alfonso Ruiz Miguel, 1989, pp. 322-323 y 1990, pp. 151, 155-159. Razones estas sustentables en la idea de dignidad de la persona (Eusebio Fernández, 1984, pp. 78-79, 120) o de necesidades básicas (Liborio Hierro, 1982, pp. 57, 60) o derivadas de las condiciones necesarias para la acción, la libertad y el bienestar de los demás y del propio agente

expresiones que tienen la forma 'tengo derecho a', o 'existe un derecho a' pueden hacer alusión al hecho de que en un ordenamiento jurídico específico se reconocen y amparan tales pretensiones, pero ese dato no es definitivo a los efectos de la determinación del concepto. En este sentido, cabe perfectamente hablar de derechos morales si el sistema normativo de referencia no es el jurídico sino el moral (de igual forma que utilizamos también términos deónticos tales como 'obligación' y 'deber' en los dos ámbitos). De otra forma, esto es, si los derechos humanos son sólo los plasmados en normas pertenecientes al sistema jurídico o se hacen depender del reconocimiento por el sistema de una acción procesal efectiva para su defensa⁴⁶ se producen consecuencias indeseables en el nivel de la comprensión. Como ha señalado Laporta, no se entendería, por ejemplo, el rasgo de universalidad que asociamos a los mismos⁴⁷.

según el 'principio de consistencia genérica' de Alan Gewirth, (1984, pp. 92-93) o como veremos a continuación en las estrategias de justificación constructivista.

⁴⁶Esta ha sido en cambio la postura característicamente Gregorio Peces-Barba; vid., 1989, pp. 267, 277. La tesis de este autor (conocida como 'dualista') ha sido invocada en muy distintas obras. Sobre la misma y amplia bibliografía al respecto puede consultarse, Ricardo García Manrique, 1996, pp. 492-524.

⁴⁷Vid., 1987, pp. 32-34, 23, 40-41. Como en otro lugar afirma Laporta, de situar los derechos humanos en el orden jurídico positivo como derechos legales, "[n]os vemos en la tesitura de tener que afirmar que sólo tienen 'derechos humanos' aquellos seres humanos que son destinatarios de las normas y demás elementos de ciertos sistemas jurídicos empíricos. Y, entónces, a la pregunta ingenua ¿viola el régimen de Pinochet los derechos humanos? tenemos que contestar: NO, porque los chilenos *no tienen* derechos humanos... Es cierto que podemos apelar a la Declaración 'Universal' de las Naciones Unidas, pero las salidas son tan poco convincentes como éstas: el nazismo, que es anterior a esa declaración, no violó, por lo visto, los derechos humanos"; vid., Francisco Laporta, 1987b, pp. 73-74 (énfasis del autor). En la misma línea, vid., Amartya Sen, 1996, pp. 153-154. Pero es que además, el mero hecho de su positivación, de su inserción como normas en el sistema jurídico, no elimina la necesidad de apelar en última instancia a una justificación moral si es que efectivamente las normas que declaran derechos han de servir como premisa de los razonamientos justificatorios en las decisiones de los operadores jurídicos. Como es hoy ampliamente admitido, tal razonamiento jurídico justificatorio no es sino una especie o caso especial del discurso práctico general (sobre estas cuestiones centrales en la teoría y filosofía del derecho contemporánea, puede verse por todos, Robert Alexy, 1989, pp. 34, 206-213, Carlos Santiago Nino, 1985, pp. 137-143 y Juan Carlos Bayón, 1991, pp. 17-40).

1.1.1 Un bosquejo de la fundamentación liberal de los derechos en la obra de Rawls

El constructivismo ético tomaría como punto de partida, tal y como señala Carlos Santiago Nino, la inescindible relación entre moralidad crítica y moralidad positiva⁴⁸ con la pretensión de lograr la perspectiva *arquimédica* o punto de vista (genuinamente) moral que, aunando los rasgos estructurales propios de dicho razonamiento práctico, nos permita derivar los principios de justicia⁴⁹ aplicables a lo que John Rawls denomina la *estructura básica de la sociedad*, es decir a, "Illa forma en la cual las instituciones sociales más importantes se acoplan en un gran sistema, y cómo ellas asignan los derechos y deberes fundamentales y conforman la división de las ventajas que surgen a través de la cooperación social. Así, la Constitución política, las formas de propiedad legalmente reconocidas, y la organización de la economía y la naturaleza de la familia, pertenecen todas a la estructura básica"⁵⁰.

⁴⁸ 1989a, p. 93. Sobre los orígenes del método constructivista y su aplicación a la ética, vid. Alexy, 1989, pp. 143-151 y Manuel Jiménez Redondo, 1983, pp. 19-62.

⁴⁹ Un procedimiento que Rawls ha denominado de 'justicia procesal pura', según el cual no existe un criterio previo de justicia a partir del cual elaboramos el procedimiento que nos permite obtenerlo (que sería un caso de 'justicia procesal perfecta') sino que lo que es justo viene determinado por el procedimiento mismo; vid., 1971, p. 85; 1980, p. 516, y 1993, p. 72. Sobre el constructivismo rawlsiano vid. las excelentes páginas que Carlos Thiebaut dedica a explicar tal estrategia en 1992, pp. 183-193. Así describe este autor, los caracteres del programa constructivista para derivar el punto de vista moral: "[a)]... la formulación de un momento o una instancia... distinto de las prácticas e instituciones concretas y materiales en las que se desarrollan los comportamientos morales específicos... instancia que habría de tener un carácter regulativo sobre esas prácticas e instituciones, y que habría de hacer patente, por lo tanto, la distancia entre la facticidad de una norma o principio... y su validez; b)]... ese momento regulativo diferenciado debiera expresar el punto de vista **racional** y habría de responder, por ello, y de alguna manera, a la cuestión de la fundamentación, es decir, a la pregunta que interroga por su razón de ser; c)] ... ese momento debiera referirse, justificadora y críticamente, al supuesto normativo básico de la modernidad-a la idea de **autonomía**- y sin el cual es impensable un proyecto de racionalidad práctica en los términos mencionados" (ibid., p. 184, énfasis suyo). Vid. asimismo, Carlos Santiago Nino, 1989b, p. 95, en favor de la idea de que el fundamento de los principios en Rawls es (por encima de otras posibles alternativas) los presupuestos formales del razonamiento moral. Hare por su parte ha apuntado el aire de familia que la teoría rawlsiana tiene con las del tipo del 'observador ideal'; R. M. Hare, 1978, pp. 87 y 89 (resaltando las diferencias entre ambas).

⁵⁰ 1993, p. 258. Conviene no olvidar que, como el propio Rawls reconoce, tales principios de justicia son "[l]os principios más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de las personas como libres

Uno de los axiomas básicos del constructivismo es precisamente la negación de criterios o principios morales revelados u objetivamente válidos. El propio Rawls afirma, frente al intuicionista racional que objeta al constructivismo político la ausencia de criterios de verdad de los juicios morales, que la concepción política de la justicia se diseña con el objetivo más modesto de ser *acceptable* para todas las doctrinas comprensivas *razonables* presentes en la sociedad⁵¹. Se apunta con todo ello que a lo que podemos aspirar es al establecimiento de un contenido mínimo de exigencias éticas sobre el que convendrían los individuos a partir de una estrategia justificatoria basada en la dramatización o idealización de las condiciones bajo las que se desarrolla el discurso moral ordinario (se trata de los experimentos mentales como la posición original de Rawls o el constructo de la comunidad ideal de diálogo de Habermas y Apel). Pero el proceso no acaba ahí, sino que una vez decantados tales principios de justicia, se produce el contraste de los resultados con nuestras convicciones morales más enraizadas en un proceso de ajuste continuo, de 'ida y vuelta' (*back and forth*), que refleja esa tensión entre moralidad positiva y crítica, antes mencionada, y que aleja de nuevo al

e iguales, y miembros plenamente cooperantes de una sociedad democrática"; vid., 1980, p. 554.

⁵¹ 1993, p. 114. De ahí que la concepción de la justicia, para ser razonable, sea política y no metafísica dado el hecho del 'pluralismo' (en el último Rawls el pluralismo es cualificado como razonable) en nuestras sociedades modernas, y la pretensión de lograr un consenso por solapamiento o superposición (*overlapping consensus*) entre ellas; *ibid.*, pp. 9, 10, 144-168. Sobre esta misma idea, vid. Habermas, 1994, p. 2 y la crítica de Michael J. Sandel al afán liberal por la neutralidad (que Rawls representaría), para evitar que la justicia en la esfera pública dependa de alguna de las concepciones morales o religiosas (en general visiones de lo bueno) que rivalizan entre sí y de ese modo alcanzar el consenso por solapamiento. Para ello, indica Sandel, se exige una actitud de puesta a un lado o aplazamiento (*bracketing*), de las cuestiones más controvertidas que tiene como resultado el empobrecimiento del debate político; *ibid.*, 1989, pp. 521-522, 531, 538. Con todo ello, Sandel insiste en la imposibilidad de derivar concepción alguna de la justicia política sin asumir visiones morales sustantivas (idea sintetizada por Rawls en la prioridad de lo correcto sobre lo bueno), lo cual ejemplifica con la discusión entre Lincoln y Douglas sobre la abolición de la esclavitud en Estados Unidos; *ibid.*, 1994, pp. 1776-1782.

constructivismo del intuicionismo racional o en general de las éticas objetivistas confiadas en la posibilidad de predicar condiciones de verdad respecto de los valores morales. A diferencia de éstas, mediante aquel procedimiento (llamado por Rawls de 'equilibrio reflexivo') se exigirá en ocasiones abandonar el principio alcanzado cuando no resulte compatible con asunciones morales de las que trata de dar cuenta⁵².

Pero esta derivación de los dos principios de justicia obtenidos⁵³, a partir de la idea básica de justicia como equidad (*justice as fairness*) que preside el acuerdo logrado en la posición original pretende, como antes se indicó, tener su plasmación en la organización del poder político. De tal forma que, según el procedimiento en cuatro fases descrito por Rawls, las partes abandonan la posición original (lo cual provoca que su conocimiento sobre la realidad social vaya siendo mayor pues el velo de ignorancia se va levantando paulatinamente a medida que se avanza en las fases) y entran en una especie de convención

⁵²El propio Rawls lo explicita de la siguiente forma: "El intuicionista considera un procedimiento como correcto porque al seguirlo de forma apropiada obtiene el juicio en cuestión que es independientemente correcto; mientras que el constructivista político considera el juicio como correcto porque deriva del procedimiento de construcción racional y razonable cuando está formulado correctamente y es así seguido... Así que si el juicio no es aceptable, el intuicionista afirma que su procedimiento es una descripción inadecuada del orden independiente de valores. El constructivista asevera que el error descansa en la manera en que el procedimiento modela los principios de la razón práctica junto con las concepciones de la persona y de la sociedad. La conjetura constructivista implica que el modelo correcto de razón práctica en su conjunto aportará los principios de justicia correctos en debida reflexión. Una vez que se alcanza el equilibrio reflexivo, los intuicionistas afirmarán que los juicios en consideración se han revelado verdaderos, o casi, con respecto al orden independiente de valores morales. El constructivista dirá que el procedimiento de construcción modela ahora correctamente los principios de la razón práctica junto con las concepciones apropiadas de la sociedad y la persona. Al hacerlo así, representa el orden de valores más adecuado a un régimen democrático"; vid., 1993, p. 96. Vid. también, Rawls, 1971, p. 49; Ronald Dworkin, 1977, pp. 156, 160-168 y Carlos Thiebaut, 1992, p. 187.

⁵³La formulación de los mismos ha variado desde *A Theory of Justice*; vid., pp. 302-303. La nueva puede encontrarse en 1994, pp. 5-6 (y las razones de la modificación en pp. 291, 331-334). Un análisis exhaustivo de la reelaboración de la teoría y por tanto de las diferencias entre *A Theory of Justice* y *Political Liberalism* puede encontrarse en Elena Beltrán, 1995, pp. 91-118, 134-144.

constitucional, en la que, al modo de los delegados o *framers*⁵⁴, deciden sobre la justicia de las instituciones políticas (*justice of political forms*) y "sujeton a las constricciones de los principios de justicia ya elegidos, diseñan un sistema de poderes constitucionales de gobierno y de derechos básicos de los ciudadanos"⁵⁵. Una Constitución *justa* es, de acuerdo con nuestro autor, un procedimiento justo configurado para asegurar un resultado justo; "una Constitución sobre la que convendrían constituyentes racionales en una convención constitucional guiados por los dos principios de justicia. Cuando justificamos una Constitución aportamos consideraciones que muestran que sería adoptada bajo esas condiciones"⁵⁶. Para delinear ese procedimiento que tenga tal carácter, afirma Rawls que: "Las libertades de igual ciudadanía han de ser incorporadas en y protegidas por la Constitución. Estas libertades incluyen las de conciencia y libertad de pensamiento, la libertad de la persona e iguales derechos políticos. El sistema político, que asumo es alguna forma de democracia constitucional, no sería un procedimiento justo si no incluyera estas libertades"⁵⁷.

Pero en realidad, y según apunta el propio Rawls, sólo el primero de los

⁵⁴El autor reconoce que es la historia de la Constitución de los Estados Unidos la que ha inspirado su idea de procedimiento en cuatro fases para la aplicación de los principios; vid., 1971, p. 196, n. 1. En la historiografía constitucional norteamericana los *framers* son, en sentido estricto, los delegados de la Convención Constitucional desarrollada en Filadelfia en el verano de 1787 en la que se propuso la Constitución original y las diez primeras enmiendas de la declaración de derechos ratificada en diciembre de 1791. Los que participaron de forma activa en el diseño del texto son conocidos como *drafters*. Los miembros de los distintos congresos estatales que ratificaron el texto se denominan *ratifiers*. En adelante, cuando no resulte necesario a los efectos de la exposición me referiré a todos ellos, sin distinciones, como constituyentes.

⁵⁵1971, pp. 196-197.

⁵⁶*Ibid.*, p. 357.

⁵⁷*Id.* Ver igualmente en esta línea, 1993, p. 336.

principios informa la segunda fase ('constituyente'). El segundo principio de justicia, el que recoge el valor de la igualdad (y el subprincipio denominado 'principio de diferencia') es considerado en la siguiente fase, denominada por aquel legislativa⁵⁸, en la que se generan normas que han de respetar, ya entonces, los principios surgidos de la posición original, y la Constitución emanada a su vez de estos; en sus propias palabras: "La justicia de las leyes y directrices políticas ha de ser evaluada desde esta perspectiva. Las normas propuestas son juzgadas desde la posición de un legislador representativo que, como siempre, no conoce las circunstancias particulares sobre sí mismo. Las leyes deben satisfacer no sólo **los principios de justicia**, sino cualesquiera límites establecidos en la Constitución"⁵⁹.

Tenemos pues que de acuerdo con Rawls, dada la prioridad lexicográfica del primero de los principios (igual derecho de todos a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales compatibles con un régimen similar de libertades para todos) respecto al segundo (las desigualdades socioeconómicas han de satisfacer la condición de estar asociadas a cargos y posiciones bajo un régimen de igualdad de oportunidades, y procurar el máximo beneficio de los menos aventajados), este último no necesita ser recogido en la Constitución que surge de la segunda fase. Pero al tiempo afirma (ver cita anterior) que la legislación (tercer estadio) ha de respetar ambos. Ahora bien, si no se exige que el segundo principio cristalice en el texto constitucional, de la actuación de un

⁵⁸Esa suerte de división del trabajo (en expresión del propio autor) en cuanto a la implementación de los principios de justicia entre la segunda y tercera fase, es una consecuencia de la prioridad lexicográfica que el primero de ellos (libertad) tiene con respecto al segundo (igualdad); 1971, p. 199.

⁵⁹Ibid., p. 198 (énfasis mío).

legislador que no lo llegue a implementar no se podría predicar su inconstitucionalidad. Parecería entonces que lo que con terminología más familiar denominamos derechos económicos y sociales (que resultarían del susodicho segundo principio) no son elementos definidores del procedimiento político 'justo' que se acuerda en la convención constitucional.

En la reformulación de su teoría no parece que Rawls haya despejado esta contradicción⁶⁰, pero sí ha avanzado en cambio una razón para que no sea en el ámbito constitucional en el lugar donde se acuerden garantías en pro de la consecución de ese segundo principio (que recuerdo, tiene que ver en general con las cuestiones relativas a la igualdad de oportunidades y distribución de los recursos); argumento del máximo interés que ahora sólo apuntaré para retomarlo en 1.1.3, si bien antes habré de introducir alguna otra pieza del complejo engranaje teórico rawlsiano. Se trata de los 'elementos constitucionales esenciales' (*constitutional essentials*), con los que Rawls se refiere, en su última obra, a: (1) los principios fundamentales que especifican la estructura de gobierno y el proceso político (poderes del estado y alcance de la regla mayoritaria), y (2) los derechos básicos y libertades de los ciudadanos que las legislaturas han de respetar (el derecho al voto y a la participación política, la libertad de conciencia, de pensamiento y asociación así como las tutelas dadas por el imperio de la ley)⁶¹. Pues bien, según nuestro autor, los elementos del segundo grupo (a diferencia de los del primero) pueden ser especificados de forma relativamente pacífica: "La libertad de conciencia y de asociación, y los

⁶⁰1993, pp. 337-339.

⁶¹Ibid., p. 227.

derechos políticos de libertad de expresión, voto y elegibilidad para ocupar un cargo público son caracterizados de la misma manera, más o menos, en todos los regímenes libres"⁶². No ocurre así, en cambio, en lo que respecta a las cuestiones de justicia distributiva y de igualdad de oportunidades: "Estas cuestiones son casi siempre objeto de amplias diferencias de opinión razonable; descansan sobre inferencias complicadas y juicios intuitivos que requieren de nosotros evaluar información económica y social compleja sobre materias escasamente entendidas. Así que aunque las cuestiones relativas a ambas clases han de ser discutidas en función de valores políticos, **podemos esperar un mayor grado de acuerdo acerca de la satisfacción de los principios de los derechos y libertades básicas que sobre la realización de los principios de justicia económica y social**"⁶³.

Esta muy sumaria exposición de las líneas maestras de la teoría de Rawls, nos permite ya ir avanzando algunos obstáculos internos al propio modelo a los que antes me he referido y en torno a los cuales parece girar implícitamente el planteamiento crítico de Waldron. Analizaré en primer lugar un primer núcleo de dificultades que tienen que ver con los problemas de fundamentación del modelo de justificación constructivista adoptado por Rawls. En el marco del análisis de dichos obstáculos, por otra parte de sobra conocidos y relatados en la literatura metaética, habrá oportunidad de comprobar el alcance y consecuencias de la segunda de las versiones de fundamentación constructivista

⁶²1993, p. 228.

⁶³Ibid., pp. 229-230 (énfasis mío). Para la no incorporación del segundo principio de justicia en la Constitución, Rawls aduce además un argumento basado en la experiencia histórica: "Sin duda, la historia de las constituciones exitosas sugiere que los principios que regulan las desigualdades económicas y sociales, y otros principios distributivos, son generalmente inapropiados como restricciones constitucionales"; id., p. 337.

del fenómeno moral antes mencionada y debida a Habermas y Apel. El segundo conjunto de objeciones se centra en torno a ese proceso de plasmación de los derechos y libertades básicas, de la organización y estructura del poder político, en las fases constitucional y legislativa.

1.1.2 El constructivismo dialógico. La participación como manifestación de la dignidad individual

El escollo cardinal de fundamentación en la estrategia constructivista surge cuando consideramos las razones por las que escogemos el propio procedimiento o situación hipotética de elección en condiciones de incertidumbre a partir de la que derivan los principios de justicia⁶⁴, pues parece que esta opción no puede ser en sí mismo neutral, sino que responde necesariamente a ideales de carácter moral⁶⁵. Es decir, que la idea de 'justicia procesal pura' quedaría en entredicho⁶⁶. Según Rawls, en cambio, "llas condiciones incorporadas en la descripción de la posición original son las que de hecho aceptamos. Si por contra no lo hacemos, entonces podemos quizá ser persuadidos para hacerlo a través de la reflexión filosófica"⁶⁷.

⁶⁴Así, en esta línea, Rex Martin ha distinguido entre un equilibrio reflexivo 'estrecho' (*narrow*), que da cuenta de cómo el principio de justicia justificado casa con el juicio o intuición considerado, y un equilibrio 'amplio' (*wide*) que implica el análisis de correspondencia de aquel juicio no meramente con los principios de justicia sino también con los distintos elementos organizados en torno al modelo de la posición original del que derivan; vid., 1985, p. 26. Como ha apuntado Hare, la intuición en Rawls juega en ambos niveles: "Entra en la elección de las condiciones a las que queda sujeto el elector; y entra para determinar lo que escogerá en los casos en los que las condiciones, tal y como se explicitan, no determinan tal opción"; vid., 1978, p. 87 y asimismo Fernando Vallespín Oña, 1985, p. 86.

⁶⁵Que no pueda ser de otra forma es algo que el propio Rawls reconoce; vid., 1971, p. 579.

⁶⁶El propio Rawls afirma, en relación con la imposición del 'velo de ignorancia' a las partes en la posición original: "Las razones para el velo de ignorancia van más allá de la mera simplicidad. Queremos definir la posición original de tal forma que **obtenemos la solución deseada**"; vid., 1971, p. 141 (énfasis mío).

⁶⁷Ibid., p. 21.

¿Cómo haríamos tal cosa? A primera vista, y si seguimos tomando como dato previo la inescindible relación entre moralidad crítica y positiva, los elementos estructurales o mimbres de la 'construcción' o diseño resultan de considerar asunciones presentes en el discurso moral vigente, con lo cual, y de seguir la propia lógica interna, estamos obligados a contrastarlos con criterios ideales, y abocados así a un proceso infinito⁶⁸.

En el último Rawls, se ha abordado la salida de este, que es conocido como 'trilema de Münchhausen'⁶⁹, de manera similar a cómo el propio barón de Münchhausen trató de salir del fango (tirando de sus propios cabellos hacia arriba, es decir incurriendo en un razonamiento circular): "¡Si sólo los principios sustantivos que especifican el contenido de la justicia y de lo que políticamente es correcto son construidos. El procedimiento en sí es **simplemente puesto** usando como puntos de partida las concepciones básicas de la sociedad y de la persona, los principios de la razón práctica y el papel público de una concepción política de la justicia"⁷⁰. Razonamiento circular que no podría predicarse si entendemos que tales puntos de partida (en particular el de la concepción de la persona y la sociedad) son pacíficamente aceptados, lo cual contradice

⁶⁸Ver en este sentido, David Lyons, 1978, p. 146. Ello a salvo de que, como ha apuntado Thomas Nagel, rompiéramos el proceso de inferencias deductivas reconociendo con ello lo inevitable de introducir en algún punto un valor o valores básicos respecto de los que no podemos aportar justificación ulterior alguna desde el propio modelo: "Cualquier situación de elección hipotética que requiera acuerdo entre las partes tendrá que imponer fuertes restricciones en las bases de la elección, y estas restricciones pueden justificarse sólo en términos de una concepción de lo bueno. Es uno de esos casos en que no cabe neutralidad, porque la neutralidad necesita tanta justificación como cualquier otra posición"; vid., Thomas Nagel, 1978, p. 9. Sobre la misma cuestión, vid., Nino, 1989, p. 106.

⁶⁹Denominación debida al filósofo alemán Hans Albert: *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1968. Sobre la genealogía del trilema, vid. Javier Muguerza, 1990a, pp. 144-145.

⁷⁰1993, p. 104 (énfasis mío). Las otras dos alternativas del trilema ya han sido mencionadas: la ruptura arbitraria del proceso de inferencias (que llevan a adoptar determinadas premisas como dogmas) y la regresión *ad infinitum*.

expresamente otros pasajes del mismo Rawls en los que, como he indicado antes, se hace referencia a la pluralidad de doctrinas comprensivas presentes en la esfera pública, dato este sobre el que se asienta la premisa del carácter necesariamente *político* de la concepción de la justicia. Y no sólo habría entonces meramente un problema de incongruencia, sino, lo que sería más serio, la constatación de la inutilidad o prescindibilidad del complejo y abstracto experimento mental diseñado por Rawls para justificar principios *que ya de hecho se encontrarían incorporados tanto en nuestro sentido de la justicia como en nuestras convicciones como ciudadanos de regímenes democráticos*⁷¹.

Esta misma insistencia en tratar de vislumbrar donde se apoya finalmente el modelo heurístico del constructivismo rawlsiano (o en general todo intento de fundamentación racional de la ética) es lo que habría servido a Apel y Habermas para establecer, retorsivamente, el fundamento de la práctica discursiva y del presupuesto de universalidad como exigencia pragmático-trascendental o universal⁷². Pragmática puesto que de lo que se trataría es de hacer ver al oponente-escéptico que su pregunta acerca del fundamento de la discusión en el marco de esta misma es autocontradictoria⁷³, y trascendental ya que lo que se pretende es establecer las condiciones de posibilidad de dicha

⁷¹Dworkin, 1977, p. 156.

⁷²En el caso de Habermas; vid., 1985, pp. 109-110. Sobre el 'aire de familia procedimentalista o formalista' que presentan las éticas de Habermas y Rawls, habría llamado la atención el propio Habermas, explicando su génesis histórica y vinculación con Kant y Rousseau, vid. la cita que Javier Muguerza extraxa de Habermas al respecto en 1990b, p. 353 (nota 112) y p. 293.

⁷³Como bien explica Nino, la realización contradictoria, "[s]e da cuando una acción de habla referida a la proposición p descansa sobre presupuestos que contradicen a p"; vid., 1989b, p. 101. Vid. asimismo, Javier Muguerza, 1990b, pp. 304-305.

práctica⁷⁴. La tesis, dicho muy simplifícadamente, vendría a afirmar que quien entra en el 'juego' de la argumentación, "híla de presuponer a título pragmático que, como cuestión de principio, todos los potencialmente interesados podrían participar, como libres e iguales, en una búsqueda cooperativa de la verdad dentro de la que no tendrá cabida más coerción que la del mejor argumento"⁷⁵ y por tanto asumir implícitamente el principio (puente) de la universalización que, entendido como imparcialidad, establece, en el ámbito normativo, que "únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o puedan conseguir) la aprobación de todos los participantes en un discurso práctico"⁷⁶.

El programa pragmático-trascendental tendría pues la siguiente respuesta a la cuestión de la fundamentación de la norma ética básica:

⁷⁴Tales condiciones serían, como afirma Muguerza, la libertad y la igualdad; vid., 1989, p. 42.

⁷⁵ Habermas, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", *Kritische Justiz*, 20, 1987, pp. 1-16, p. 13, citado por Javier Muguerza, 1989, p. 40.

⁷⁶Habermas, 1985, 117. Como ha señalado Javier Muguerza, parafraseando a Thomas McCarthy, la propuesta habermasiana conduce así a la reelaboración del imperativo categórico kantiano que rezaría ahora: "En lugar de considerar como válida para todos los demás cualquier máxima que quieras ver convertida en ley universal, somete tu máxima a la consideración de los demás con el fin de haber valer discursivamente su pretensión de universalidad"; vid., Muguerza, 1990b, p. 294. De lo que se trata en definitiva es de extremar o llevar hasta sus últimas consecuencias esa actitud racionalista-crítica, que con Popper y Albert a la cabeza, colocó el escollo en la forma del trilema de Münchhausen en el camino de la posibilidad de fundamentar cualquier sistema de leyes (científicas o morales). Como ha resaltado Apel, la traslación de los axiomas de la racionalidad empiricista-logicista al ámbito de la filosofía práctica conduce a la invocación de las siguientes tres premisas fundamentales: (1) no cabe derivar proposiciones de deber a partir de juicios sobre hechos; (2) sólo caben ser consideradas objetivas (intersubjetivamente válidas) las constataciones empíricas o las inferencias lógicas y (3) la fundamentación filosófica de la validez ha de equipararse con la deducción lógica de proposiciones a partir de proposiciones. Negar la tercera premisa supone para Apel la apuesta por la recuperación de la dimensión pragmática del discurso y de la autoreflexividad del sujeto, elementos estos interesadamente excluidos del paradigma de racionalidad filosófica propio de la semántica logicista-formalista. Contradiciendo a Popper, la propia elección del método crítico no supone una opción fideísta por la razón sino la afirmación del carácter trascendental y de primacía de la ética (que sería concebida como una pre-condición de toda práctica discursiva, incluyendo la de la actividad científica, y de la comunidad de comunicación como a priori o principio supremo de la razón práctica; vid., Apel, 1986b, pp. 125, 126-128, 138-160; 1985, pp. 359, 381-402 y Nino, 1989b, pp. 76-77.

Quien argumenta-y esto significa: quien, por ejemplo, seriamente plantea la cuestión de la norma ética básica en un diálogo o también en una autocomprensión solitaria qua diálogo internalizado- puede ser conducido a reconocer o convencido a través de la autoreflexión, de que necesariamente **en tanto argumentador**, ya ha reconocido una **norma ética básica**. Esta norma básica puede ser explicitada de la siguiente manera: El argumentante ya ha testimoniado 'in actu', y con ello reconocido, que la **razón es práctica**, o sea, es **responsable del actuar humano**; es decir, que las **pretensiones de validez ética** de la razón, al igual que su **pretensión de verdad**, pueden y deben ser satisfechas a través de **argumentos**, o sea que las **reglas ideales de la argumentación** en una, en principio ilimitada, comunidad de comunicación, de personas que se reconocen recíprocamente como iguales, representan **condiciones normativas de la posibilidad de la decisión sobre pretensiones de validez ética a través de la formación del consenso** y que por ello, **con respecto a todas las cuestiones éticamente relevantes de la vida práctica, es posible, en un discurso** que respete las reglas de argumentación de la comunidad ideal de comunicación, **llegar, en principio, a un consenso** y que, en la praxis **habría que aspirar** a este consenso⁷⁷

Vemos pues que la norma ética básica asumida como condición de posibilidad de la argumentación, exige, por un lado, fundar en el consenso de los participantes en la práctica discursiva la validez de los juicios morales⁷⁸, y por otro arrastra consigo la postulación de los valores de autonomía moral y dignidad de todos aquellos. De tal suerte que no son pocos los que han visto en las reglas necesarias para la discusión racional así entendida, la posibilidad de su traducción en derechos humanos. Por ejemplo, Adela Cortina ha indicado que "[l]a idea kantiana de *persona*, como individuo autolegisador que comprueba monológicamente la capacidad universalizadora de sus máximas, se transforma en nuestra ética discursiva en la idea de un ser dotado de *competencia comunicativa*, a quien nadie puede privar racionalmente de su derecho a

⁷⁷ Apel, 1986, p. 161 (negritas del autor).

⁷⁸No se trata de anclar en la aceptación fáctica de los convenios la validez de la norma básica postulada por Apel, sino que esta obliga, "[a] cuantos han adquirido 'competencia comunicativa' a través del proceso de socialización, a procurar un convenio con objeto de lograr una formación solidaria de la voluntad en cada asunto que afecte a los intereses de otros (a sus exigencias virtuales). Sólo esta norma fundamental-y no, por ejemplo, el factum, de un convenio determinado-garantiza la obligatoriedad moral de los convenios particulares, regulados mediante normas"; vid., 1985, p. 404.

defender sus pretensiones racionales mediante el diálogo. Tal concepto de persona, así "pragmatizado", es apto-a mi juicio-para fundamentar una teoría de los derechos humanos y una idea de democracia participativa, y no elitista"⁷⁹.

Partíamos del análisis de la situación de elección hipotética que permite derivar ciertos principios de justicia y mediante la inquisición por el fundamento de los presupuestos en los que aquella se basa (los rasgos formales o estructurales del discurso moral ordinario) parece comprobarse, dando un paso más en el nivel de abstracción y recurriendo a la dimensión pragmático-trascendental del discurso, como finalmente subyace la consideración nuclear de la persona como sujeto moral y por ello la vinculación de la corrección moral al acuerdo que pudiera resultar en condiciones de deliberación ideales, que será por tanto manifestación de la autonomía. Si en algo parecerían coincidir entonces las dos estrategias constructivistas es en ese entendimiento de un derecho básico a la participación del sujeto; sea en el primer caso en la posición original, sea en el segundo como miembro de la comunidad de comunicación. La asunción más profunda de la metodología constructivista podría cifrarse

⁷⁹Vid., 1992, p. 536 (vid., igualmente pp. 568-572). Como señala Alexy, las exigencias de igualdad de derechos, universalidad y ausencia de coacción son expresables en reglas que se corresponden con las condiciones del ideal comunicativo, pero que fundamentarían muy pocos derechos básicos: (1) ser admitido en el diálogo; (2) poder expresarse libremente en el mismo (libertad de discusión) y (3) garantía de la no coacción para ejercer los derechos indicados en (1) y (2); vid., 1989, pp. 136, 182-183. Y, además de fundamentar derechos, tales reglas, como indica Alexy, definirían un ideal que puede cumplirse por aproximación-la democracia- (ibid, p. 137) que, en palabras de Apel, habría de concebirse como "[a]lgo más que un mero concepto de procedimientos valorativamente neutros observados en virtud de una decisión pragmática: tiene su *fundamentación ético-normativa en la comunidad ideal de comunicación*, que ya es siempre reconocida en el argumentar. Los procedimientos democráticos de la fundamentación de normas a través del acuerdo...tiene pues su "idea regulativa" en la concepción ética del "discurso práctico", tal como está implicado en la ética del discurso argumentativo"; vid., 1986, p. 170 (itálicas del autor). Que la comunidad ideal de comunicación sea un concepto o ideal regulativo, querría decir, entiendo, que sus presupuestos (imparcialidad, universalizabilidad y ausencia de coacción) son instancias de enjuiciamiento de los consensos fácticos y que por tanto de estos no cabría predicar necesaria y automáticamente su 'corrección moral'. Retomaré estas cuestiones cuando analice el constructivismo epistémico como criterio de asignación de la mayor pericia de la autoridad; vid., infra, 6.2.2.

como indica Dworkin en la existencia de un derecho a la igual consideración y respeto de los individuos⁸⁰ y de ahí esa denominación de ambas estrategias como de 'teorías basadas en el derecho'.

1.1.3 Constitucionalizar las exigencias éticas. El contenido esencial de los derechos fundamentales

Pero es sumamente discutible que una vez alcanzado ese punto tenga que ser el caso que las subsiguientes exigencias normativas de la teoría *sean* derechos o bien demandas necesariamente *formulables* como tales. Concretamente, en el caso de Rawls no lo es, como antes se indicó. Las partes acuerdan *principios* de justicia que regirán el sistema político y que informarán la elaboración de la Constitución⁸¹. Si ocurre, como así es en muchas ocasiones, que tales derechos fundamentales o básicos se establecen o declaran, es decir, si es el caso que existen derechos legales, podemos siempre fijar en algún principio o consideración moral básica (extra-jurídica) su razón de ser; pero no necesariamente se da el proceso deductivo a la inversa (de los derechos morales a los derechos legales), como una operación de estricta y necesaria inferencia lógica o como un imperativo instrumental de protección de los mismos⁸².

⁸⁰1977, p. 181.

⁸¹Así, Rex Martin, 1985, pp. 28, 32. El primer principio según este autor es la justificación (moral) de los derechos subsiguientes. Considerado como 'derecho' a los derechos básicos (esto es, como una exigencia ética de plasmación de los mismos en el ordenamiento jurídico), le parece a Martin un sinsentido (una lectura por la que en cambio se han decantado no pocos autores como interpretación de los derechos morales); no cabe hablar de derechos en contextos no institucionales (como obviamente es la posición original). Una pretensión de derecho natural o humano que carece de reconocimiento y promoción efectiva no puede calificarse propiamente como derecho humano o natural; *ibid.*, p. 35, así como pp. 32, 36-41. Los problemas de esta concepción de los derechos humanos en la que parecería coincidir el profesor Peces-Barba han sido previamente analizados (*vid.*, *supra* notas 46 y 47).

⁸²Waldron, 1993, pp. 21-23.

Pero supongamos, siguiendo a Waldron y como muestra la experiencia histórica y la realidad constitucional de muchos sistemas, que se produce un decantamiento por tal opción, esto es, por establecer derechos fundamentales. La pregunta entonces es: ¿qué derechos?; es decir, continuando con el imaginario rawlsiano, qué catálogo se escoge en la segunda fase o convención constitucional. Recuérdese que según nuestro autor, la opción era por los derechos civiles y políticos como forma de articular o concretar el primer principio de justicia. Pero, ¿qué razones hay para que sólo sean las libertades de conciencia y asociación y los derechos políticos de libertad de expresión, voto y elegibilidad los que se incorporen en la Constitución y no así los que pretenden garantizar una distribución equitativa de recursos y oportunidades o asegurar el disfrute de mínimas condiciones de existencia? Como dije anteriormente y recuerdo ahora, es el hecho del desacuerdo la razón por la que sólo en el primer caso estamos en presencia de derechos constitucionales⁸³.

Pero la realidad y la historia, cuando nos asomamos más allá del contexto norteamericano, apunta más bien hacia una conclusión diferente. Por un lado, son muchas las constituciones que sí han incluido en sus catálogos o normas

⁸³Rex Martin aduce otra razón para ello, y es que así como las libertades específicas básicas asociadas al primer principio pueden asegurarse a cualquier individuo de igual manera, ninguno de ellos tiene, en cambio, una expectativa legítima para recibir una distribución particular de recursos u ocupar una determinada posición económica o social; 1985, p. 27. No debemos exagerar las consecuencias de esta aseveración, que no es más que un corolario de la formulación del segundo principio, según el cual las desigualdades económicas y sociales han de ser articuladas de forma tal que sean del mayor beneficio para los menos favorecidos; es decir, en ningún momento las partes contemplarían en la posición original una distribución de recursos absolutamente equitativa para todos, sino que acuerdan que se habrán de preferir, una vez levantado el velo de ignorancia y entre los posibles esquemas de reparto desigualitario, aquel que sea del mayor beneficio para los peor situados. Es decir que, en el marco de nuestra discusión, si ampliamos los derechos incardinables dentro del segundo principio (a los que venimos llamando económico-sociales), a algo más que el mero reparto de una cuota de bienes o riqueza, y consideramos por ejemplo el derecho a la educación, podríamos decir, en cierto sentido, que también como en el supuesto de las libertades básicas puede asegurarse igualmente a todos los individuos.

fundamentales derechos de carácter social además de los civiles y políticos⁸⁴ (si bien es cierto que no con los mismos niveles de protección) y, de otra parte, también con respecto a estos últimos es constatable que no suele existir acuerdo en torno a cual sea su contenido esencial (usando la terminología de la Constitución española, artículo 53.1), o significado preciso⁸⁵. El argumento, avanzado por Samuel Freeman, en apoyo de la tesis de Rawls (el grado de desacuerdo es apreciablemente mayor en el caso de los derechos ligados al principio de diferencia) de que el tribunal constitucional no tiene una mejor posición o pericia para determinar las exigencias de dichos derechos y que además ello le obligaría a procurar una invasión difícilmente aceptable sobre el legislador⁸⁶, operaría también en relación a los derechos civiles y políticos si, como veremos a continuación, no existen mejores razones para aceptar en general alguna suerte de justificación elitista del control jurisdiccional de constitucionalidad. Por último, y como ha sido tradicionalmente esgrimido por los partidarios de la posibilidad de atribuir también a los derechos con contenido igualitario el carácter de básicos, la propia distinción entre estos y los que se encaminan a proteger la libertad negativa, dista mucho de ser rígida. Más bien, y teniendo en cuenta que aquellos se pueden entender como condición

⁸⁴Véase la Constitución española, arts. 27 (derecho a la educación), 35 (derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades), 43 (derecho a la protección de la salud), 44 (derecho al acceso a la cultura), 47 (derecho a una vivienda digna), 50 (garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de pensiones), y artículo 53.2 en cuanto a las distintas formas de protección. Vid., también, entre otras, el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn. Según el criterio de Rawls (vid. supra, nota), no se trataría por tanto de constituciones 'exitosas' (vid., supra nota 63).

⁸⁵Vid., en este sentido también, Gutmann-Thompson, 1995, pp. 101-102.

⁸⁶Vid., 1994, p. 654.

de posibilidad del ejercicio de estos, ambas clases formarían un continuo⁸⁷. El problema es nuevamente hasta dónde seguimos ampliando el catálogo infiriendo más y más 'generaciones' pues, como ha resaltado Laporta, ese aumento en el número de derechos humanos parece ser directamente proporcional a la debilitación de su fuerza justificatoria⁸⁸.

Independientemente de estas dificultades conectadas con el número, concreción, y derivación de los derechos a partir de una norma o principio ético básico, me interesa en este momento retomar el razonamiento waldroniano en lo que hace a la vinculación de aquellos con la idea de autoridad a partir de la consideración anteriormente apuntada del hecho del desacuerdo.

Para un buen número de autores, un rasgo básico, definidor de los derechos fundamentales es, como he venido repitiendo, su carácter de consideración última, de *razón excluyente*, en terminología de Raz (vid., infra, 6.2 y 6.3), frente a otras razones ligadas, por ejemplo, a la persecución de objetivos sociales que se consideran valiosos; de exigencias no sacrificables salvo en caso de conflicto con otras demandas similares, es decir por la colisión con otros derechos también considerados fundamentales. De ahí la expresión feliz y

⁸⁷Vid., Alfonso Ruiz Miguel, 1994, p. 654. Y ello porque además de la consideración de condición para el ejercicio de las libertades civiles y políticas, si se mantienen los rasgos tradicionalmente asociados a los derechos humanos (absolutidad, universalidad e inalienabilidad) resultaría que algunos de los derechos liberales no serían fundamentales y en cambio, y si por esa razón, se flexibilizan aquellas notas, los derechos sociales básicos habrían de ser entendidos tan 'humanos' como los liberales. Por ejemplo, menciona Ruiz Miguel, si se describe el carácter *absoluto* como imposibilidad de excepción, sólo los derechos a no ser torturado, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y los derivados del principio de legalidad penal serían derechos humanos, y quedarían fuera derechos tales como, entre otros, el derecho a la vida, la libertad de expresión etc. Si, en cambio, se considera que un derecho es absoluto porque solamente puede resultar limitado al entrar en conflicto con otro, el derecho al trabajo sería un caso de derecho fundamental; ibid., pp. 656-658.

⁸⁸1987a), p. 23. Vid., en el mismo sentido Rawls, 1993, p. 296.

aclamada de Dworkin de derechos como 'triumfos' (*rights as trumps*)⁸⁹. Pero, cabe preguntarse legítimamente, ¿triumfos frente a qué? Según aquel, "Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es suficiente justificación para denegarles lo que, como individuos, desean tener o hacer, o no es una justificación suficiente para imponerles una pérdida o perjuicio. Esta caracterización de derecho es, desde luego, formal en el sentido de que no indica qué derechos tiene la gente ni garantiza, sin duda, que tenga alguno"⁹⁰.

Cabe distinguir de acuerdo a Dworkin, entre dos formas de derechos políticos, siendo la primera de ellas y su descripción la que interesa a nuestros efectos: "Illos derechos antecedentes, que son válidos de manera abstracta **frente a las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad en su conjunto**..."⁹¹. Algunos como David A. J. Richards han tomado este segundo rasgo de 'validez frente a las decisiones colectivas', de 'triumfo frente a la mayoría' como definitivo o característico de la noción de derechos, equiparándolo con la idea de límite al cálculo agregativo (en general a la persecución de metas y objetivos considerados socialmente valiosos). Así, afirma Richards: "Sin duda, la legitimidad moral del constitucionalismo es explicada más satisfactoriamente a partir de la idea de derechos humanos, puesto que la estructura normativa de los argumentos basados en derechos morales, como triunfos frente al cálculo utilitario, tiene en el sistema jurídico norteamericano un correlato en términos de supremacía judicial que aplica un catálogo de

⁸⁹Dworkin, 1977, p. xi.

⁹⁰Ibid.

⁹¹Id., p. xii (énfasis mío).

derechos humanos **contra las instituciones mayoritarias que tienden a ser utilitaristas**⁹². Es el caso igualmente de Ernesto Garzón Valdés, para quien los bienes y derechos básicos para la realización de todo plan de vida forman un 'coto vedado' frente a la negociación y decisión parlamentaria⁹³.

Ahora bien, una cosa es considerar que la persecución de una meta colectiva no puede hacerse a costa del sacrificio de ciertos derechos individuales, lo cual no es sino manifestación de la idea de separabilidad de las personas (del carácter inconmensurable de sus intereses primarios o básicos⁹⁴), y otra que el establecimiento del alcance de aquellos quede sustraído a la decisión

⁹² Vid., 1979, p. 299 (énfasis mío), así como 1990, p. 1392. También Nino en un primer momento: "[e]l funcionamiento de una democracia debe estar limitado por el reconocimiento de derechos individuales que no están sometidos al voto mayoritario"; vid., 1983, p. 419 (énfasis mío). No así ya en 1991, donde afirma que la idea de derechos como límites lo es con respecto a la consideración agregativa de los intereses colectivos: "Aún cuando los intereses que los derechos protegen sean de individuos aislados o de minorías, no hay contradicción en suponer que esos derechos están mejor defendidos por las decisiones de la mayoría"; vid., 1991, p. 122. Si hay contradicción en cambio en la posición de Richards en tanto en cuanto la corte suprema o los tribunales constitucionales son también instituciones mayoritarias, y esta es una objeción que también podría esgrimirse contra, entre otros, Chereminsky, quien apoya una tesis semejante a la de Richards; vid., 1987, p. 31.

⁹³ De otra forma se estaría equiparando, según Garzón Valdés, democracia con 'dominio de la mayoría'; vid., 1993, pp. 644, 649; vid., también, 1989, pp. 209-213.

⁹⁴ En ese sentido, Dworkin distingue entre objetivos (*aims*) políticos individualizables (*individuated*) y no individualizables. En el primer caso estarían los derechos políticos y en el segundo las metas (*goals*), que según aquel consisten en estados de cosas para cuya especificación no se precisa otorgar oportunidades, o recursos o libertades a individuos particulares; vid., 1977, p. 91. De tal forma que la estipulación dworkiniana implica que sólo son derechos los objetivos políticos que marcan un peso o umbral superior a las metas colectivas en general; esto es, cuando sólo la consecución de un fin especialmente urgente puede desplazarlos y no así los fines de la administración política rutinaria; "Supongamos, por ejemplo, que alguien afirma que reconoce el derecho a la libertad de expresión, pero añade que ese derecho debe ceder cuando la expresión incomoda a la audiencia. Quiere decir, según yo lo entiendo, que reconoce la persuasividad del bienestar colectivo, y sólo aquella distribución de la libertad de expresión de la forma en que dicho objetivo colectivo recomienda en circunstancias particulares. Su posición política se agota en la formulación del fin colectivo; el derecho no añade nada y no hay en absoluto motivos para reconocerlo como derecho" (ibid, p. 92). Es nuevamente la expresión de derecho como exigencia moral especialmente importante frente a todas aquellas que, al menos prima facie, no tengan ese rango. Como ha resaltado Laporta, carentes de ese carácter y por tanto imposibilitadas para actuar como límites a los derechos humanos serían las propias excepciones-justas exigencias de la moral, del orden público, seguridad nacional, bienestar general- que la declaración universal de derechos humanos o la convención europea menciona (y que por ello mismo desvirtuarían los derechos que en ambos documentos se declaran); vid., 1987a), p. 41.

de la mayoría. Tal sería el caso si efectivamente, como en el ámbito científico, la constatación de cuáles son fuera una conclusión evidenciable lógicamente o empíricamente verificable (en general, no dependiente de la voluntad) o si, alternativamente, hubiera consenso sobre su contenido y límites (y en tal caso el problema se disolvería, obviamente)⁹⁵. Puesto que no es así⁹⁶, todo mecanismo de decisión que no tomara en cuenta la opinión de los propios sujetos afectados, supondría la negación, según Waldron, del derecho básico de participación en la adopción de acuerdos que atañen a los individuos, es decir de la dimensión legisladora de la autonomía. Implicaría autorefutarse ese derecho mínimo a la igual consideración y respeto de todos ellos⁹⁷. De tal forma que no cabe afirmar que existen individuos particularmente dotados o ilustrados para imponer su criterio o verdad; ni siquiera los que, como el propio teórico, tratan 'profesionalmente' de encontrar buenos argumentos en favor de los derechos básicos o de una determinada teoría de la justicia⁹⁸. Al que reflexiona sobre estas

⁹⁵En esta línea, Frank Michelman ha llamado la atención de cómo, si de acuerdo al esquema de Rawls de implantación de los principios, entre las fases constitucional y legislativa la única diferencia es la cantidad y especificidad de la información disponible por las partes, y nos encontramos ya ante una sociedad bien ordenada que asume establemente los principios de justicia, parece que los legisladores actuarán de forma tal que el control judicial de constitucionalidad sea superfluo; vid., 1973, p. 994.

⁹⁶Vid., Waldron, 1993, p. 33. Samuel Freeman, en cambio, es de los que con mayor énfasis ha objetado el alcance de la tesis del 'desacuerdo' moral radical. En su opinión existen criterios para evaluar la corrección de los resultados de cualquier procedimiento de decisión política, independientemente de cuán equitativo o apropiado sea: "Existen límites morales al ejercicio de los iguales derechos políticos mediante el procedimiento legislativo, y no existe seguridad de que dichas constricciones serán siempre respetadas en el operar de ese mecanismo"; vid., 1990-91, pp. 336-337.

⁹⁷Waldron, 1993, pp. 36-37. Esta es una vía de justificación de la regla mayoritaria que me parece permite objetar su equivalencia con el utilitarismo tal y como invoca, entre otros, Richards (vid. supra, nota) y Elster, 1993, pp. 178-179. La defensa del procedimiento mayoritario no responde a que sea capaz de agregar de manera racional las preferencias individuales (cosa por otro lado 'imposible' si de ese mecanismo se exige el cumplimiento de los requisitos impuestos por el teorema de Arrow de 'no-dictadura', independencia de alternativas irrelevantes, transitividad, soberanía, unanimidad y optimalidad de Pareto) sino a ese derecho básico a la igualdad que se manifiesta en la posibilidad de que todos los individuos participen en la decisión sobre asuntos que les afectan.

⁹⁸"La filosofía política es simplemente discusión cívica consciente sin plazo" ha afirmado Waldron (vid., 1993, p. 35). En la misma línea Habermas ha señalado: "Todos los contenidos, incluso aunque

cuestiones no le basta proclamar que cuando hay desacuerdo social se debe adoptar la decisión mayoritaria siempre y cuando ésta no vulnere los derechos fundamentales, cuando es precisamente sobre el contenido y alcance de los mismos sobre lo que no hay acuerdo. Y la cuestión es obviamente de gran relevancia en lo que hace a la justificación del control judicial de constitucionalidad. Como indica Waldron, tal institución, "frecuentemente defendida apuntando a la posibilidad de que los procedimientos democráticos arrojen resultados tiránicos o injustos. Y así puede ocurrir. De igual manera que *cualquier* procedimiento que pretende resolver el problema de la elección social en condiciones de desacuerdo sobre lo que es injusto o tiránico. La regla según la cual el Tribunal Constitucional debe resolver finalmente (por mayoría de sus miembros) en cuestiones que atañen a derechos fundamentales es justamente tal regla procedimental. Puede igualmente (y así ha ocurrido en ocasiones) generar decisiones deplorablemente injustas"⁹⁹.

afecten a normas de acción fundamentales, han de hacerse dependientes de discursos reales... El teórico moral puede participar en ellos como afectado y, en su caso, como experto, pero no puede dirigir *por su cuenta* tales discursos. Una teoría que se extiende a ámbitos de contenido, como la teoría de la justicia de Rawls, debe entenderse como una aportación al discurso que se da entre sus ciudadanos"; vid., 1985, p. 118 (énfasis del autor). Ideas parecidas han sido expuestas también por Michael Walzer, encontrando que ese papel de imposición de determinadas 'verdades' políticas y morales en la comunidad es asumido modernamente por los jueces constitucionales jaleados por ciertos juristas; vid., 1981, pp. 387-390, 397. En la misma línea, no me resisto a reproducir la consideración, ciertamente cáustica, que a John Hart Ely le merece la apelación dworkiniana en favor de la 'fusión' del derecho constitucional con la filosofía moral: "¿Pero cómo han de reaccionar los jueces ante la invitación de Dworkin cuando prácticamente todos los exégetas de la obra de Rawls han expresado reservas sobre sus conclusiones? La Constitución puede seguir el señuelo, ¿pero se supone realmente que deba actualizarse con el New York Time Review of Books? Uno puede caer en la tentación de suponer que no habrá prejuicios sistemáticos en la interpretación judicial del 'razonamiento moral correcto' aparte de lo que resulte de los axiomas filosóficos de los que partan. ('A nosotros nos gusta Rawls, a vosotros Nozick. Ganamos, 6-3. Ley anulada')"; vid., 1980, p. 58. Vid., en el mismo sentido, contra la idea de los jueces constitucionales como reyes-filósofos platónicos, W.M. Bradford Reynolds, 1989, pp. 1545-1546 y también, Lino A. Graglia, 1996, pp. 293-299.

⁹⁹Waldron, 1993, pp. 33-34 (énfasis del autor) y McConnell, 1988, pp. 101-103.

1.2 Un esbozo de las estrategias justificatorias del control judicial de constitucionalidad

1.2.1 El argumento elitista

Sobre la negación de este corolario, es decir, en favor de la tesis 'elitista' que vería en los tribunales constitucionales (o bien en los jueces) el ámbito donde se desarrolla de forma más correcta la deliberación sobre el contenido de los derechos, se ha elaborado una de las estrategias justificatorias del control de constitucionalidad¹⁰⁰. Por las supuestas condiciones de imparcialidad de los miembros de aquel órgano, por su, presunto, mayor entrenamiento en el ejercicio del razonamiento y por la constrictión que supone tener que motivar sus resoluciones, se plantea por parte de algunos autores que sea en esta sede y no así en el parlamento, órgano representativo por excelencia pero también, según estos, foro de la lucha partisana en el que no sería precisamente la persecución del interés general o el respeto a las minorías lo que prime, donde se diluciden esas materias de tan grave repercusión. Es el caso, por ejemplo, del último Rawls y, como es de sobra conocido, de Ronald Dworkin.

(i) Para el primero, la regla de decisión por mayorías encuentra su límite en las restricciones procuradas por la *razón pública*, noción esta tributaria, según el propio Rawls reconoce, de la idea de 'voluntad general' rousseauiana: la decisión colectiva deja de considerarse como resultado de la mera agregación de preferencias o intereses particulares de los votantes (incluyendo entre estos

¹⁰⁰Erwin Chereminsky, 1987, pp. 86-95. Sobre los orígenes filosófico-políticos y explicación histórica del surgimiento en Estados Unidos de dicha posición 'elitista' sospechosa del poder de la mayoría, deudora del pensamiento de Burke y que se habría visto plasmada en la célebre tesis madisoniana del 'faccionalismo' (en El Federalista N°10), vid., Roberto Gargarella, 1996, pp. 17-38.

sus convicciones íntimas sobre lo verdaderamente justo tal y como pudiera recomendar la doctrina comprensiva que apoyan)¹⁰¹. Aquella se describe como la razón característica de un pueblo democrático; la razón de sus ciudadanos: "Isu objeto es el bien público y las cuestiones de justicia fundamentales; y su naturaleza y contenido es público, dado por los ideales y principios expresados por la concepción política de la justicia de la sociedad, y desarrollada sobre esa base de forma abierta"¹⁰². Las restricciones impuestas por este ideal, indica el autor de *Political Liberalism*, no se aplican a todas las cuestiones políticas sino exclusivamente a aquellas que atañen a los elementos constitucionales esenciales; su relevancia es total en la arena pública y no así en cambio en lo que llamaríamos la esfera privada de los individuos¹⁰³. Es, como ha indicado Samuel Freeman, la condición para asegurar la pervivencia del pluralismo razonable.

Podemos suponer que en una sociedad a la *Rawls* se da un consenso por solapamiento entre las distintas doctrinas comprensivas, pero debemos garantizar que la concepción de la justicia es interpretada y aplicada (a la hora de especificar la Constitución o la legislación que la desarrolla), no de manera partisana (esto es, a partir de las propias visiones de lo bueno). Se precisa un conjunto de formas de razonamiento e inquisición aceptadas y compartidas por todos sobre las que basar la interpretación de la justicia política¹⁰⁴. El ámbito donde dichos métodos alcanzarán un papel de mayor relevancia es

¹⁰¹Rawls, 1993, p. 219.

¹⁰²Ibid., p. 213.

¹⁰³Id., pp. 214-215.

¹⁰⁴Vid., Samuel Freeman, 1994, pp. 649-650.

precisamente el del órgano de control de la constitucionalidad de las leyes; como el propio Rawls indica, la razón pública rige "leIn los foros oficiales para los legisladores cuando deliberan en el hemisiciclo, y para el ejecutivo en sus actos y pronunciamientos públicos. También rige de manera especial para el poder judicial y sobre todo para el tribunal constitucional en una democracia que cuenta con control judicial de constitucionalidad. Y ello es así porque los jueces han de explicar y justificar sus decisiones basadas en su entendimiento de la Constitución, las leyes y precedentes judiciales relevantes. En tanto los actos legislativos y ejecutivos no han de justificarse de esa forma, **el papel especial del tribunal le convierte en el paradigma de la razón pública**"¹⁰⁵.

(ii) Dworkin apoya una conclusión parecida si bien las premisas son mucho más complejas, y mucho más intrincado el recorrido argumentativo que conduce a otorgar ese papel preponderante a los aplicadores de la Constitución. El punto de partida es la exposición de una nueva forma de aproximarse a la teoría del Derecho a partir de una comprensión del fenómeno jurídico como práctica social interpretativa.

Analizar en toda su extensión dicha teoría interpretativa del derecho que Dworkin ha venido elaborando en distintas aproximaciones sucesivas a lo largo de su obra, pero de manera comprensiva en *Law's Empire*¹⁰⁶ es, utilizando la

¹⁰⁵Rawls, 1993, p. 216 (énfasis mío). Vid., también, pp. 231, 235, y en la misma línea argumental, Samuel Freeman, que aboga por una interpretación 'democratizadora', según la cual ha de ser el uso de la razón pública lo que guíe a los jueces constitucionales en sus decisiones. En su concepción, de claro corte rawlsiano, las razones públicas son las consideraciones comunmente aceptadas e invocadas en la discusión pública como base para evaluar las acciones, intereses y demandas de los demás; vid., 1992, pp. 21-27.

¹⁰⁶ Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1986.

figura por él mismo preferida, una labor hercúlea, merecedora, por sí, de un trabajo en exclusiva¹⁰⁷. En éste, trataré de incardinar las muchas y muy relevantes cosas que ha podido decir el iusfilósofo de Oxford y Nueva York específicamente en relación al debate sobre la interpretación constitucional que nos ocupará en los próximos capítulos. Ahora es el momento de desarrollar un bosquejo mínimo de la presentación que nuestro autor hace en *Law's Empire* con el doble objetivo de mostrar por qué su posición sobre la legitimidad de la justicia constitucional es tildable de elitista y, de paso, ir avanzando las herramientas conceptuales y metodológicas que Dworkin ha puesto a punto para criticar la concepción originalista.

La noción de 'interpretación' figura en el pensamiento de Dworkin en dos planos distintos que han de ser, aunque sólo parcialmente, deslindados. En el ámbito metodológico o metateórico, la teoría del Derecho para Dworkin es una *actividad interpretativa* sobre las distintas concepciones de lo que es el derecho que los estudiosos del fenómeno jurídico y los operadores asumen o presentan explícitamente. Por otro lado, los jueces resuelven casos y para ello descansan en una teoría sobre cómo ha de interpretarse el material normativo. En 5.5 analizaremos cual es la tesis que a ese respecto (la resolución de casos constitucionales) Dworkin favorece y que obviamente depende del primer aspecto (qué constituye ese material normativo, y las justificaciones para que el juez utilice una piezas y no otras y una forma de *ensamblarlas* y no otra)¹⁰⁸. Y

¹⁰⁷ Ya en 1982, Allan C. Hutchinson y John W. Wakefield señalaron como dada la abundancia de la literatura secundaria sobre la teoría jurídica de Dworkin, cabía hablar de una auténtica 'industria dworkiniana' que habría permeado el mundo académico. Hoy esa percepción es todavía más justificada tras la publicación de *Law's Empire* y otros muchos libros y artículos sobre los que la controversia es incesante; vid., 1982, p. 87.

afirmaba que las dos dimensiones o ámbitos son sólo parcialmente escindibles porque tanto unos (jueces) como otros (filósofos o teóricos del derecho) comparten una empresa común; lo que Dworkin denomina 'interpretaciones constructivas' del derecho cuando éste es concebido como una *práctica social*. Ambos, pues, afirma el autor de *Law's Empire*, "Intentan de mostrar la práctica jurídica en su conjunto en su mejor aspecto y de lograr un equilibrio entre dicha práctica tal y como la encuentran y su mejor justificación...De tal forma que toda opinión judicial es en sí un fragmento de filosofía jurídica incluso cuando la filosofía permanece escondida y el argumento explícito se encubre con la cita y la enumeración de hechos. La filosofía y la teoría del derecho constituyen la parte general de la aplicación del derecho, el **prólogo silente de cualquier decisión jurídica**"¹⁰⁹. Enseguida veremos qué se encierra bajo esta críptica admnoción.

Según nuestro autor, entre los aplicadores y teóricos del derecho existen dos tipos de desacuerdo: la *discrepancia empírica*, acerca de la concurrencia de determinados *hechos* del caso, pero sobre la base del acuerdo en torno a las *fuentes*¹¹⁰, (es decir, sobre el material normativo del que se ha de disponer para resolverlo), y la *discrepancia teórica* que versa, precisamente, sobre esta última cuestión¹¹¹.

¹⁰⁹ Vid., J.M. Balkin, 1987, pp. 396-397.

¹⁰⁹ Vid., Dworkin, 1986, p. 90 (énfasis mío).

¹¹⁰ *Grounds of law*, es el término que utiliza; vid., 1986, pp. 4-5.

¹¹¹ Este es, como es de sobra conocido, el trasfondo de su apelación en favor de concebir el derecho como un sistema compuesto no sólo de reglas sino también de principios para así negar la tesis tradicional del positivismo (encarnada en H.L.A. Hart) según la cual cuando no existe regla aplicable al caso, el juez actúa discrecionalmente. El caso que utiliza Dworkin para apoyar su tesis- *Riggs v. Palmer*, 115 NY 508, (1889)-enfrenta a quienes entienden que puesto que la ley que regula la sucesión hereditaria

Para algunos, escribe Dworkin, este último desacuerdo no se da realmente, puesto que es incontestable que el derecho está compuesto por un conjunto de decisiones tomadas en el pasado por los detentadores del poder normativo. Esta es la tesis que Dworkin llama de las 'fuentes sociales del derecho', o la aproximación basada en los hechos brutos (*plain fact view*). De acuerdo con la misma, lo que aparentemente resulta una controversia teórica sobre dichas fuentes es, en puridad, una disputa de carácter moral: acerca de cómo el derecho *debería ser*¹¹². Los teóricos del derecho hasta el momento han asumido esta dicotomía y por tanto niegan la segunda controversia que Dworkin postula, porque entienden que existe un consenso semántico acerca del uso del término 'derecho': cuando hablamos de este concepto, dirían Joseph Raz y Andrei Marmor por ejemplo, identificamos actos de habla producidos en el pasado con ciertas características 'comunicacionales' que

en el Estado de Nueva York no excluye expresamente a los asesinos del testador del llamamiento a la herencia, Elmer (nieto y asesino del testador y beneficiario de la misma) tiene derecho a recibirla, frente a los que aducen que, en aplicación del principio "nadie debe obtener beneficio del daño que causa", a Elmer no le ha de corresponder bien alguno; vid., 1977, pp. 14-45 y 1986, pp. 15-20. La literatura sobre los principios (su mejor caracterización y distinción con respecto a las reglas) es abundantísima. En el ámbito español, han sido Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero quienes han elaborado una teoría más ambiciosa sobre los mismos; vid., su último desarrollo en 1996, pp. 1-25 en la que además confrontan sus tesis (*ibid.*, pp. 25-44) con las de otros destacados estudiosos de los principios como Luis Prieto Sanchís (vid., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992) y Alexander Peckzenik (vid., "Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero", *Doxa*, 12, 1992). Básicamente, la controversia se centra en torno a la descripción estructural que Atienza y Ruiz Manero hace de los principios, los cuales, a diferencia de las reglas, configurarían los casos (el catálogo de acciones correlacionadas con las consecuencias normativas) en forma abierta. Y ello no se explicaría porque la formulación lingüística adolezca de vaguedad, en tanto en cuanto también en las reglas existe una potencial indeterminación semántica. Lo que no configurarían en forma abierta los principios (y ello a diferencia de las normas programáticas o directrices, y por tanto de la misma manera que las reglas), son sus *condiciones de aplicación*: el principio, *stricto sensu*, sí establece un mandato determinado (por ejemplo 'no discriminar' en el supuesto del artículo 14 de la Constitución española), pero deja abierta, como antes se dijo, la configuración de los casos. En 5.4 y a partir de la descripción de la teoría de Frederick Schauer y de alguna sugerencia de Bayón sobre la misma, aportaré otro posible enfoque de la distinción.

¹¹² 1986, p. 7.

tendremos oportunidad de analizar en el capítulo 3¹¹³.

¿Pero qué ocurre entónces cuando dos juristas discuten, por ejemplo, acerca de las causas de extinción de los contratos según el Derecho? Uno afirma, pongamos por caso, que las causas son tasadas, mientras que el otro arguye que no. Para que el desacuerdo sea genuino, ambos deben estar aludiendo a, o hablando sobre, lo mismo, para lo cual, aun de forma inadvertida, han de utilizar iguales reglas semánticas sobre el uso de los conceptos (sobre el empleo de términos como 'contrato', 'extinción' 'causa tasada' y 'derecho'). Los filósofos a los que Dworkin va a enfrentar su concepción, insisten en que todos los operadores jurídicos comparten ciertas reglas lingüística cuando enjuician proposiciones sobre el derecho¹¹⁴, generando teorías conceptuales cuyo alcance se limita a la identificación de tales criterios semánticos¹¹⁵. Y lo hacen porque la alternativa (no se da aquel consenso lingüístico) llevaría a negar la existencia de debate alguno¹¹⁶.

La teoría 'interpretativa' del fenómeno jurídico que Dworkin esgrime da mejor cuenta, en su opinión, de ese tipo de debates en los que los juristas se ven

¹¹³ Nuestra intuición es, escribe Marmor, que el derecho es una comunicación de la autoridad, y por tanto, para identificarlo o aislarlo hemos de suponer, al menos, que la intención del comunicante fue generar un texto jurídico. Y reunirá esta segunda característica de ser jurídico cuando tal 'producto' proporcione a los destinatarios razones para actuar según lo prescrito que no dependen de la calidad o naturaleza intrínsecamente valiosa de la acción ordenada; vid., Marmor, 1992, pp. 104-105 en infra 3.2.

¹¹⁴ Vid., Steven J. Burton, 1987, pp. 72-73. Con la expresión 'proposiciones de derecho', Dworkin alude a los enunciados sobre las acciones permitidas, prohibidas u obligatorias, de acuerdo con el derecho; vid., 1986, p. 32.

¹¹⁵ Dworkin las denomina por ello, 'teorías semánticas'; vid., 1986, pp. 45-46.

¹¹⁶ Este es el cuerno del dilema al que Dworkin se refiere como 'aguijón semántico' (*semantic sting*); ibid., pp. 31-32, 43-46.

inmersos, que no son meramente desacuerdos empíricos sino auténticas controversias teóricas sobre las 'fuentes o bases del derecho'. Y ello a partir de la intelección de que el Derecho es una *práctica social de carácter interpretativo*. ¿Qué quiere decir tal cosa?

Sobre el derecho, como sobre las reglas de la cortesía, ejemplifica Dworkin, se da una *actitud interpretativa*. Ésta tiene dos componentes: la asunción de que la práctica de la cortesía no sólo existe, sino que tiene un *valor* (sirve algún propósito) que cabe establecer con independencia de la descripción de sus reglas, y, segundo factor, que lo que la cortesía impone o requiere no es sólo lo que tradicionalmente se ha entendido como tales exigencias, sino que las mismas son sensibles al propósito que sirve la práctica, de tal forma que ese valor o propósito modifica, cualifica o limita las reglas de aquella. Cuando, por la concurrencia de estos dos aspectos, se genera la actitud interpretativa, la cortesía deja de ser una práctica mecánica: los participantes en la misma tratarán de imponer un significado a esa institución (verla en su mejor aspecto) y reestructurarla a la luz del mismo¹¹⁷.

¹¹⁷ La actitud interpretativa no surge por generación espontánea, sino que es el resultado de un complejo proceso de tres fases que, aunque descrito con gran prolijidad por Dworkin, para nuestros efectos podemos resumir en trazos más gruesos. En la primera etapa de la interpretación, fase *preinterpretativa*, se identifican ciertas reglas y patrones tomadas para proveer un contenido tentativo de la práctica. En este primer estadio también es necesaria alguna suerte de interpretación (pues, como el propio Dworkin señala gráficamente, las reglas sociales no 'portan etiquetas') y un amplio consenso. En la etapa *interpretativa* de lo que se trata es de justificar el seguimiento de la práctica: aportar argumentos que den razones del por qué merece la pena su mantenimiento, y estos se basarán en la justificación general de los principales elementos de la práctica identificada en la fase anterior. En el tercer estadio, denominado por Dworkin, *postinterpretativo* o de reforma, se refina el sentido de lo que la práctica realmente requiere para mejor servir la justificación de la misma aceptada en la fase anterior. En resumen, la interpretación tiene como misión el establecimiento de un equilibrio entre la descripción preinterpretativa de la práctica social y una justificación adecuada de la misma; vid., 1986, pp. 65-66 (para las diferencias que Dworkin establece entre este método y el equilibrio reflexivo rawlsiano, vid., p. 424, nota 17).

¿Qué teorías sobre cómo han de interpretarse prácticas sociales 'interpretativas' tales como el derecho, o la cortesía, tenemos a nuestro alcance? Si nos fijamos en la interpretación de las obras de arte¹¹⁸ existen, de acuerdo con Dworkin, dos modelos; dos formas de interpretación 'creativa' (vid nota anterior). Según el primero, *conversacional*, de lo que se trata es de encontrar los propósitos, inquietudes, o motivos del autor para explicar el significado de su obra. En atención al segundo, que Dworkin entiende captura mejor ese aspecto 'creativo' de la interpretación de las prácticas sociales interpretativas como la cortesía, el arte y el derecho, el crítico o teórico trata, como el participante¹¹⁹, de imponer un propósito o valor a la práctica, "[p]ara hacer de ella la mejor instancia de la forma o género a la que se toma como perteneciente"¹²⁰. Este es el modelo denominado por Dworkin *constructivo*, que en realidad ejerce una suerte de soberanía epistemológica o explicativa sobre la interpretación en todas sus formas. Toda interpretación, nos dice, es constructiva pues pretende hacer de su objeto lo mejor que puede ser¹²¹; que las interpretaciones en distintos dominios revistan formas diferentes se explica

¹¹⁸ La utilidad de importar el arsenal metodológico y conceptual de la teoría de la literatura al ámbito jurídico es defendida por Dworkin desde "How Law is Like Literature" (originalmente en *Critical Inquiry*, september 1982, y ahora recogido en 1985, pp. 146-166, por donde se cita). Las semejanzas entre la teoría del derecho y la estética son mayores que entre la primera y la actividad científica, en tanto en cuanto ambos dominios (arte y derecho) tienen como objetivo la interpretación de una realidad socialmente generada, no del mundo externo de hechos independientes como en el caso de la ciencia. Por ello en el primer supuesto hablamos de interpretación 'creativa' y en el segundo 'causal'; vid., 1986, pp. 49-50.

¹¹⁹ Dworkin afirma en las primeras páginas de *Law's Empire* que las perspectivas externas e internas sobre el derecho son esenciales para la teoría del derecho, pero que él adoptará la del participante para así aprehender mejor el carácter argumentativo de la práctica jurídica; vid., pp. 13-14. Pero, por lo que vemos, esta es una opción metodológica que se sigue de cómo es concebido el estudio del fenómeno jurídico (también una práctica interpretativa, como el propio objeto que se escruta).

¹²⁰ Vid., 1986, p. 52.

¹²¹ El concepto de interpretación constructiva, así caracterizado por Dworkin, es deudor, de acuerdo con Marmor, del 'principio de caridad' davidsoniano; vid., al respecto, 1992, pp. 17-18, 23-24, 58-60 e infra 2.3.1 sobre dicho principio de caridad.

porque son distintos en cada caso los patrones de valor, éxito o propósito del 'objeto' a ser interpretado¹²².

¿Por qué algunos postulan como más adecuado el modelo conversacional? Por dos razones principales, nos advierte Dworkin. En primer lugar esgrimen un argumento de carácter conceptual: interpretar significa (o implica) descubrir las intenciones del autor o artista. Por lo tanto, interpretar una práctica social supone poner de manifiesto las pretensiones de los miembros de la misma. Y ello (segunda razón), de manera neutral, no, como bajo el paradigma constructivo, en su mejor luz o aspecto sino tratando de dar cuenta de cómo el objeto exactamente es. En 5.5 tendré oportunidad de analizar las razones por las que Dworkin se opone a ambos argumentos, pues entroncan directamente con su crítica al originalismo y con los presupuestos de su teoría de la interpretación constitucional que a partir de dicha oposición al intencionalismo emerge. Es suficiente subrayar en este punto que el método interpretativo conversacional es fallido, en opinión de Dworkin, porque es incapaz de asumir la perspectiva interna, y por tanto no puede proveer interpretación alguna de la práctica en sí. Y ello porque la actitud interpretativa supone que cada participante debe distinguir entre, por un lado, lo que otros miembros de su comunidad piensan que requiere la práctica y, por otro, lo que él mismo considera que la misma exige. Igualmente el científico social no se limita sólo a describir las distintas opiniones que los miembros de la comunidad tienen acerca de lo que aquella demanda, sino que habrá de 'inmiscuirse'. Tendrá para ello que utilizar los mismos métodos que los sujetos-objetos de

¹²² 1986, pp. 51-53.

estudio utilizan al formar su opinión sobre lo que la práctica requiere (que no es meramente aventurar sobre lo que los demás consideran son esas exigencias). Debe, en definitiva, unirse a ella, convirtiéndose, cuando menos, en un participante virtual. De tal forma que sus conclusiones no serán neutrales sino rivales en relación a las que los miembros de la comunidad alcanzan. El modelo conversacional no es por ello metodológicamente adecuado¹²³.

A partir de todo el conjunto de axiomas metodológicos que acabamos sumariamente de describir, Dworkin afirma que el propósito o valor de la práctica interpretativa en qué consiste el derecho, que organiza o ayuda a entender mejor aquellos desacuerdos teóricos sobre la naturaleza del derecho de los que las teorías semánticas no son capaces de dar cuenta es, en sus propias palabras: "Una guía y restricción del poder ejecutivo de la siguiente forma. El derecho insiste que la fuerza no sea usada o retirada, independientemente de lo útil que ello sería para lograr ciertos fines, con independencia de lo nobles o beneficiosos que estos sean, excepto cuando ello sea una exigencia del respeto a los derechos individuales y las responsabilidades que derivan de decisiones políticas pasadas acerca de cuándo está justificada la coerción colectiva"¹²⁴.

Esto tiene, como se expuso al principio, dos consecuencias. Una primera en el ámbito metateórico: puesto que el método interpretativo de carácter constructivo se aplica igualmente a las distintas teorías explicativas de la práctica interpretativa de primer nivel, hemos de contemplar tales disputas como

¹²³ 1986, p. 64.

¹²⁴ Ibid., p. 93.

distintos *refinamientos* del valor o propósito de la práctica jurídica definido en los anteriores términos (guía y constricción del poder estatal). Es decir, el propio Dworkin trataría de ver en su mejor aspecto la teorías jurídicas como el positivismo hartiano, el realismo, iusnaturalismo en sus varias formas, etc. que han sido esgrimidas¹²⁵. De tal suerte que los tres grandes *refinamientos* o concepciones que él advierte se presentan son el 'convencionalismo', el 'pragmatismo' y el 'derecho como integridad' (y esta última sería la concepción que entiende más defendible¹²⁶).

Si esto es lo que lleva a cabo un intérprete constructivo con respecto al objeto constituido por las distintas teorías sobre la práctica interpretativa jurídica, el aplicador del derecho se involucra en una empresa parecida.

Dos son las dimensiones centrales que presiden su labor y que se interrelacionan de manera reflexiva. Por un lado la que Dworkin llama la dimensión de 'encaje' (*fit*), y por otro la de 'valor', justificación o propósito de la práctica (*dimension of value*). Es decir, los jueces, nos dice Dworkin, han de

¹²⁵ Es decir, de acuerdo con Marmor, se estaría aplicando el principio de caridad sobre las teorías del derecho que rivalizan con la de Dworkin.

¹²⁶ Vid., 1986, pp. 90-94. Sobre la descripción de las tres concepciones, véanse, respectivamente, los capítulos 4, 5 y 6 de *Law's Empire*. A grandes rasgos, el convencionalismo representaría lo que entendemos por positivismo jurídico y el pragmatismo la concepción de corte escéptico de los autores englobados en la corriente de los *Critical Legal Studies*. En este punto resulta conveniente reconstruir (si se quiere, reinterpretar), el juego de la interpretación en los distintos niveles en los que discurre el planteamiento dworkiniano. En el nivel básico, la práctica argumentativa del derecho (como la cortesía), es una actividad interpretativa. Su 'estudio' supone una interpretación de segundo nivel: el convencionalismo, el pragmatismo y el 'derecho como integridad' son tres distintas interpretaciones o caracterizaciones del valor de la práctica. Para lo cual, tercer nivel, se disponen de dos modelos (de dos teorías sobre la interpretación): el 'conversacional' y el 'constructivo'. Pero, fijémonos bien, todos esos ordenes de interpretación no quedan confinados a cada perspectiva (participante, teórico del derecho, metateórico jurídico), sino que aparecen en lo que Dworkin llama 'distintas ocasiones de interpretación': pues para que haya una actitud interpretativa en primer lugar el participante también capta el valor o propósito de la práctica reinterpretándolo o matizándolo 'constructivamente'; vid., 1986, pp. 49-50.

buscar la solución del caso que nos haga ver el legado jurídico-normativo en su mejor cara o aspecto. Ante cada nuevo asunto es como si les tocara añadir un capítulo en una novela en la que anteriores aplicadores ya han incluido el suyo. Escribirán por ello siguiendo el hilo argumental o la trama (y de esa *tradición* derivaría la constricción en su función judicial) pero con el empeño de hacer con su contribución el mejor 'texto' posible¹²⁷. Y ese texto es, recuérdese, el depósito de matizaciones (de previos aplicadores) del propósito o valor de la práctica de constreñir el poder coactivo del gobierno en el entendimiento de que dicha fuerza no ha de utilizarse salvo cuando ello sea demandado por el respeto a los derechos individuales. Son los jueces, y no cualesquiera otros poderes del Estado, los que tienen encomendada tan alta misión.

Lo que no cabría ya a estas alturas, vendría a sugerir Dworkin, es echar a la hoguera esa novela en cadena que representa la tradición constitucional norteamericana (en la que la institución del control judicial de constitucionalidad juega un papel central) porque resulte un mecanismo desviado de los presupuestos democráticos; en sus propias palabras:

Ilja autoridad está ya distribuida por la historia, y los detalles de la responsabilidad institucional son una cuestión de interpretación y no de invención a partir de la nada. En estas circunstancias, el rechazo de la premisa mayoritaria significa que hemos de buscar la mejor interpretación con la mente más abierta: no tenemos razones en principio para tratar de forzar nuestras prácticas en algún molde mayoritario. Si la interpretación más inmediata de la práctica constitucional norteamericana muestra que nuestros jueces tienen autoridad interpretativa final, y que entienden en gran medida la declaración de derechos como una Constitución de principios-si así se explica mejor las decisiones que los jueces realmente hacen y el pueblo mayoritariamente acepta-no tenemos razón alguna para resistirnos a esa lectura ni para esforzarnos en pos de una que

¹²⁷ Vid., 1986, pp. 229-230. Esta imagen de la novela en cadena aparece ya en 1985, pp. 158-159.

*parezca congeniar con una filosofía mayoritaria*¹²⁸

La concepción del derecho como integridad, en lo que hace a la dimensión de encaje (*fit*) tiene como consecuencia el entendimiento de que la institución inaugurada por Marshall ha de tenerse en cuenta como un dato no rebatible de la práctica¹²⁹. Y ésta además se justifica pues procura una sociedad más justa, en la que la igual consideración y respeto de todos los individuos en la implementación de la acción política queda mejor garantizada: "Los Estados Unidos es una sociedad más justa de lo que habría sido si los derechos constitucionales se hubieran dejado en manos de las instituciones mayoritarias"¹³⁰.

De manera retorsiva, Dworkin entiende que para objetar que las decisiones basadas en principios (acerca de los derechos que los individuos tienen) sean tomadas por los jueces habría de mostrarse, por contraposición, que la solución a la que llega el legislador representativo es mejor que la judicial. Bien porque la legislación es un procedimiento más exacto o bien por otras razones que no tienen que ver con la corrección, sino con la vinculación o respeto a la ley y la estabilidad política.

¹²⁸ Vid., 1996a, pp. 34-35.

¹²⁹ "Su decisión fue aceptada-afirma-al menos en su forma abstracta, y la práctica constitucional subsiguiente se ha 'coagulado' firmemente en torno a ella", con lo cual "Ninguna interpretación encajaría si negara los poderes de la Corte Suprema declarados por Marshall. Incluso aquellos que piensan que cometió un error admiten que después de casi dos siglos de práctica su posición no es objetable, y las pugnas constitucionales se libran en el terreno que ha definido. La cuestión capital hoy no es qué poder tiene la Corte sino cómo debe ejercerlo"; vid., 1986, pp. 356-357.

¹³⁰ Vid., 1986, p. 356. Si bien en la p. 449 (nota 2) reconoce el autor que dar un argumento que apoye tal rotunda alegación necesitaría todo un libro. Es necesario advertir que Dworkin formula esta conjetura a pesar de en las páginas 325-326 indica que la respuesta a las especulaciones contrafácticas es en muchas ocasiones arbitraria, o que en muchos casos la mejor contestación a una pregunta de esa naturaleza es que 'no hay contestación'. Sobre estas cuestiones, vid., infra 5.3.

En cuanto a lo primero no cabe imaginar, según Dworkin, argumentos que muestren que las decisiones de la mayoría sobre los derechos son, inherentemente, más susceptibles de ser correctas que las que adoptan los jueces. Más bien al contrario si entendemos que a los efectos de determinar los derechos concretos de los individuos es fundamental cuestionar, de manera *especulativa*, la teoría de los derechos que se maneje (esto es, imaginar instancias de aplicación de la misma que generen resultados inaceptables). Para esa misión, los jueces están mejor preparados que los legisladores o el público en general¹³¹.

En segundo lugar, Dworkin aduce como, el que esgrime la dificultad democrática del control judicial de constitucionalidad frecuentemente maneja una versión simplista de la democracia, frente a la que cabe oponer una más refinada a la que él se refiere como 'democracia constitucional'. Según la primera versión¹³², el objetivo definidor de la democracia es el resultado que con dicho procedimiento cabe obtener. Las decisiones que afectan a la colectividad han de ser siempre o normalmente las que la mayoría aprobaría si contara con información suficiente y fuera racional, pues de esa forma es más probable que coincidan con las preferencias individuales.

Para la democracia constitucional, por contra, el rasgo relevante es que las decisiones colectivas sean hechas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas reflejen un trato a los miembros de la comunidad como

¹³¹ De esta idea participa David A. J. Richards, para quien el monopolio judicial sobre los argumentos de principio no es sino manifestación de la teoría de la legitimidad política lockeana en la que se habrían apoyado los constituyentes norteamericanos; Vid., 1989, pp. 166, 236.

¹³² A la que denomina 'democracia estadística'; vid., 1990b, p. 330, y 1996a, pp. 19-20.

individuos a los que se debe igual consideración y respeto. De tal forma que, prosigue Dworkin, habrá ocasiones en que no será censurable el empleo de procedimientos no mayoritarios para la adopción de decisiones (por ejemplo, cuando así se proteja o aumente esa igualdad de status). En esos casos resulta ilegítimo afirmar que se produce un 'coste moral' para los individuos que no han tomado parte en la decisión¹³³.

En definitiva, la asunción de la versión 'estadística' de la democracia es incompatible con la censura de los efectos antidemocráticos que resultan del establecimiento y aplicación de una declaración de derechos (o en general de la Constitución entendida como 'pre-compromiso colectivo', vid. supra la introducción). Y ello porque, según aquella concepción, el control del individuo sobre las decisiones colectivas que afectan a su vida es la medida de su poder de influencia en el resultado, y en las democracias populosas este es tan pequeño que no se puede pensar que aquellas restricciones lo disminuyan tanto como para hacer razonable la objeción antimayoritaria. A lo que afecta entonces el 'coto vedado', es al especial valor que asignamos no ya al resultado que arroje la maquinaria democrática, sino al poder tomar parte en la decisión; a la 'autodeterminación como pueblo' que se manifiesta en tales circunstancias. Afecta en definitiva a nuestra 'membrecía moral' en la comunidad, a la concepción 'comunal' de la democracia que otorga ese valor central a la igualdad de status.¹³⁴ Pero si eso es así, para que la ofensa a la libertad positiva

¹³³ Dworkin, 1996a, p. 17. ¿Qué 'ofensa' sufren los ideales de igualdad y participación política-se pregunta Dworkin-cuando, por ejemplo, un juez declara inconstitucional la ley que tipifica como delito la quema de la bandera por ser contraria a la libertad de expresión, y esta es una decisión correcta?; *ibid.*, pp. 32-33.

¹³⁴ Dworkin, 1996a, p. 21. Sobre la concepción comunal de la democracia, vid., asimismo, 1990b), pp. 330-336.

sea percibida, aquella pertenencia 'moral' ha de ser garantizada mediante exigencias mínimas en términos de derechos básicos, que no son sino las condiciones democráticas de la concepción constitucional¹³⁵. Su salvaguarda no debe quedar en manos del legislador en atención a razones de imparcialidad y de protección efectiva de la minoría¹³⁶.

Una argumentación similar apoyada en definitiva en la minusvaloración¹³⁷ de lo que, parafraseando a Ackerman, podríamos denominar 'política ordinaria', ha sido elaborada también por este autor. Para Bruce Ackerman se debe distinguir entre dos 'calidades' o formas de la vida política (y de ahí su concepción *dualista* de la misma): una primera, que denomina 'constitucional', caracterizada por la persecución del bien común, es la más elevada y corresponde, *grosso modo*, a los períodos constituyentes. Una segunda (*normal* u *ordinaria*) que se desarrolla entre dichos períodos, y en la que "llas facciones intentan manipular las formas constitucionales de la vida política persiguiendo sus propios, y estrechos, intereses. La política ordinaria debe ser tolerada en nombre de la libertad individual; es en todo caso **inferior**, desde el punto de vista democrático, a la intermitente e irregular política de la virtud pública asociada con los momentos de creación constitucional"¹³⁸. De ahí que para

¹³⁵1996a, pp. 23-24. Se trata de condiciones 'estructurales' (pasado común, lengua, valores compartidos, etc.) y 'relacionales' (que describen como los individuos deben ser tratados por una comunidad política genuina para que se pueda hablar de ellos como miembros morales o participantes en la comunidad, *ibid.*, pp. 24-25).

¹³⁶Un argumento ya manejado por Kelsen, 1995, p. 5. Vid., igualmente David A. J. Richards, 1983, p. 724.

¹³⁷Es decir, la inteligencia de que tanto ciudadanos como legisladores son incapaces de desarrollar un razonamiento moral 'refinado' y sí en cambio los tribunales. Vid., Jeffrey G. Murphy, 1986, p. 142.

¹³⁸ Vid., 1984, pp. 1022-1023 (énfasis del autor). En esa misma línea se situaría también el constitucionalista Cass R. Sunstein. Según este autor, las cláusulas más importantes de la Constitución norteamericana así como el principio de separación de poderes responden a la idea de impedir que la

nuestro autor la institución del control judicial de constitucionalidad se presente como la única oportunidad de poder oír la 'voz' del constituyente en períodos de 'política rutinaria'¹³⁹. Es decir que habrá ocasiones en las que se estaría produciendo *de facto* una suerte de reforma constitucional, ajena a los cauces o procedimientos que el propio texto fundamental señala para ello. Es (y ha sido) misión de los jueces constitucionales percibir tales 'momentos constitucionales', e implementarlos. Ese es el papel que habría jugado la corte

distribución de recursos u oportunidades a un grupo sea meramente el resultado de que éste ha ejercido mayor poder. Esa limitación del juego de los intereses 'brutos', 'espurios' o 'pre-políticos' (en expresión de Sunstein, *naked preferences*) reflejaría la influencia del republicanismo cívico en la Constitución, influjo que se cifraría en la concepción deliberativa de la política. La democracia no es un mecanismo automático para agregar intereses privados, exógenos, al modo del mercado, sino el esfuerzo por seleccionar e implementar valores públicos; vid., 1996, pp. 36-37; 1988, pp. 329, 333, 347-348 y 1984, pp. 1689-1692. Para un análisis muy exhaustivo de la revitalización del republicanismo cívico y su influencia en el derecho constitucional, vid. Paul W. Kahn, 1989, esp. pp. 20-42 y Richard H. Fallon Jr., señalando como finalmente el republicanismo de Sunstein y Michelman se distancia menos del liberalismo de lo que estos pretenden: 1989, pp. 1729-1735. Vid., una crítica muy radical en Steven Gey, 1993, especialmente pp. 802-803, 815. Esta concepción neo-republicana de la política de la que, en cierto sentido, parece se hace eco Ackerman y el último Rawls, se opone frontalmente a lo que en el contexto norteamericano se conoce como visiones *pluralistas* de la democracia (resultado de la aplicación de las herramientas metodológicas de la teoría económica y de la elección social) y que constituyen un paradigma muy dominante desde los años 50 (a ellas parece referirse Dworkin con la concepción 'estadística' de la democracia, 1996, pp. 19-20). Vid., como muy representativo (y radicalmente contrario a la tesis de Sunstein), el análisis, por ejemplo, de la relación entre el congreso y el poder judicial norteamericanos que desarrollan William N. Landes y Richard A. Posner en 1975, pp. 875-905. Para ellos, los tribunales no operan 'políticamente', ni constituyen un órgano donde se halle el compromiso con los principios, o una especial sapiencia moral, sino que, en su visión, es su cometido aplicar los acuerdos alcanzados entre los grupos de interés y las legislaturas pasadas, y no los ideales de la neutralidad o la justicia como equidad (p. 894).

¹³⁹ En la lectura de las tesis de Ackerman hecha por Kahn, se expresa con claridad esta idea: "La corte debe preservar, en los momentos de política ordinaria, la sustancia de la auto-identidad comunal lograda en los momentos previos de política constitucional. La corte, entonces, representa el mejor 'yo comunitario' (*community's better self*)... Así, la corte habla por el pueblo en una forma que no hacen las instituciones ordinarias de la representación política, porque 'el pueblo' como tal no existe realmente en la política ordinaria. 'El pueblo' solo existe en aquellos momentos críticos de la historia en los que la nación entera se involucra en un diálogo de generación de identidad (*identity-generating dialogue*). Al implementar el significado de la Constitución logrado por el pueblo en aquellos momentos, la corte tiene una pretensión mejor como representante que las instituciones electorales del gobierno"; vid., 1989, pp. 22-23 e igualmente Dworkin quien tentativamente apunta que el control judicial de constitucionalidad sobre determinadas cuestiones puede generar una suerte de deliberación republicana de mayor calidad (1996, p. 31) y Michelman (1986, pp. 24, 65, 74) y Perry (1994, p. 203) ejemplificando en la corte suprema el ideal de la comunidad cívico-republicana. Una idea en cierto sentido similar, (concretamente la caracterización del tribunal constitucional como 'comisionado del poder constituyente'), ha sido defendida por Eduardo García de Enterría, 1988, p. 198. Vid. Manuel Aragón, 1988, pp. 9-45, manteniendo la opinión contraria, entre otras razones porque, así considerado, el poder de dicho órgano resulta excesivo. De acuerdo a este autor, el principio democrático obliga a otorgar al legislador y no al tribunal constitucional el desarrollo 'normativo' de la Constitución (pp. 38-40).

Warren durante la década de los 60 y 70, años en los que grandes sectores de la sociedad norteamericana se movilizaron en favor de los derechos civiles¹⁴⁰. Con ello se pone de relieve no la supremacía del tribunal constitucional sino del *we the people*, del pueblo mismo como poder soberano¹⁴¹.

Si se recuerda, anteriormente indiqué los tipos de razones que le parece a Dworkin esgrime el que se opone a la justicia constitucional. El primer conjunto de ellas pretendía mostrar que la legislación es un procedimiento mejor que la jurisdicción para alcanzar un resultado deseable. El propio Dworkin y Ackerman entienden que es justamente al contrario. La institución del control judicial de constitucionalidad debe su existencia precisamente al hecho de que la política ordinaria es de escasa calidad en lo que hace a la fijación y salvaguarda de ámbitos de libertad a los ciudadanos, de condiciones para procurar

¹⁴⁰Earl Warren, fué presidente (*Chief Justice*) de la Corte Suprema desde 1953 hasta 1969. Paradojicamente fué propuesto, junto con William J. Brennan (posiblemente el juez que en la historia de la corte suprema se ha mostrado con mayor rotundidad contrario a la pena de muerte, vid. su opinión concurrente en *Furman v. Georgia*, 408 US 238, 1972, especialmente, p. 305) por el presidente republicano Eisenhower. Sobre la Corte Warren hay una abundantísima literatura de la que cabe destacar: Archibald Cox, *The Warren Court: Constitutional decisions as an instrument of reform*, Harvard University Press, 1979 (70 ed) y Philip B. Kurland, *Politics, the Constitution, and the Warren Court*, University of Chicago Press, Chicago, 1970. Sobre las decisiones más relevantes de aquél período, vid., infra notas 145-149.

¹⁴¹Ackerman, 1984, pp. 1027, 1030. De tal forma que cabe una interpretación en la misma línea del papel jugado por la corte durante la conocida como *era Lochner*. Como es sabido, y en un sentido político distinto del que presidió el período de la corte Warren, los jueces, en aplicación del darwinismo social de Spencer, impidieron sistemáticamente el desarrollo del programa de reformas sociales de Roosevelt conocido como *New Deal* que contaba con amplio apoyo popular. La sentencia emitida en el caso de *Lochner v. New York* (198 US 45, 1905), declarando la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que limitaba el número de horas de trabajo de los panaderos, da nombre a ese período. El bloqueo que la Corte Suprema ejercía llevó al presidente Roosevelt a intentar la reforma del alto tribunal mediante lo que se conoció como *Court-packing plan*. Un estudio sobre la dinámica y avatares de la relación entre la Corte y el ejecutivo puede encontrarse en Earl M. Maltz, 1994, pp. 4-10. En la literatura en castellano véase: Beltrán de Felipe, 1989, pp. 24-31 y García de Enterría 1988, pp. 168-169. Para Ackerman, aquella actitud de los jueces constitucionales no fue necesariamente regresiva, sino que cabría entenderla como una 'petición' por su parte a la sociedad civil para que efectivamente mostrara la 'intensidad de sus preferencias' refrendando de esa forma lo que el legislador en aquél momento se empeñaba en implementar y que para los jueces aparecía *prima facie* como vulnerador de la Constitución, o mejor dicho, una auténtica reforma de la misma. El pueblo norteamericano habría dado esa 'señal' con las segundas y terceras reelecciones del presidente Roosevelt; ibid, pp. 1052-1055. Para una caracterización muy correcta de ese 'procedimiento de reforma informal' que Ackerman describe, vid., Víctor Ferreres-Comella 1996, pp. 145-147.

efectivamente su igual consideración y respeto.

El segundo conjunto de razones que, según Dworkin, esgrime el opositor a la institución del control judicial de constitucionalidad, se dirige a mostrar como el hecho de que los jueces sean los encargados de decidir sobre los derechos les hace actuar políticamente, y eso mina el respeto al imperio de la ley; a la idea de seguridad jurídica. Independientemente, indica Dworkin, de que cabe dudar del apoyo empírico de tal aseveración, se está asumiendo implícita e injustificadamente, que la ciudadanía distingue entre decisiones políticas adoptadas por el legislador y por los jueces, y que tacha de ilegítimas a estas últimas¹⁴². Puede que no sea ese el caso, como muestra el apoyo popular que obtuvo la Corte Suprema en Estados Unidos durante la era Warren, y, en su defecto, de lo que se trataría entonces es de convencer a los ciudadanos que el hecho de que asuntos tan fundamentales estén en manos de los jueces responde a una concepción más atractiva del imperio de la ley compatible con la idea democrática y derivada de una interpretación constructiva que trata de mostrar la historia político-constitucional norteamericana en su mejor faz¹⁴³.

La crítica que cabe hacer a los planteamientos ackermaniano y dworkiniano sería la siguiente. Es posible que los tribunales constitucionales, en concreto la Corte Suprema norteamericana, hayan actuado, por regla general,

¹⁴²De esa opinión sería muestra la, contundente, posición de Ely, para quien la revitalización de la filosofía política contemporánea enseña que podemos razonar sobre cuestiones morales sin compromiso alguno con el objetivismo o cognoscitivismo moral: "[n]uestra sociedad no acepta, rectamente, la noción de un conjunto de principios morales descubribles y objetivamente válidos, al menos no un conjunto que pueda servir plausiblemente para anular las decisiones de nuestros representantes elegidos"; vid., 1980, p. 54.

¹⁴³Vid., 1985, pp. 24-26 (compatible con la versión o concepción constitucional de la democracia, vid., supra).

con mayor énfasis en los argumentos de principio; que sus razonamientos hayan estado presididos por la búsqueda 'imparcial' de la mejor solución y que la protección de los derechos procurada haya sido notable. Se puede conceder que, efectivamente, no toda la vida política tiene el mismo alcance o 'calidad', y que ese *puede ser* el caso los momentos de 'política ordinaria' frente al esclarecido período constituyente.

Obviamente ello dependerá de qué tramo de la historia tomemos como referencia para, como nos propone Dworkin, proceder a la interpretación constructiva de la institución. La actuación de la Corte no ha sido siempre celebrada¹⁴⁴. Dworkin está indudablemente pensando en sus mejores etapas; concretamente en los años durante los que Earl Warren ejerció la presidencia (vid., supra), período en el que, como es bien conocido, se produjeron decisiones sumamente trascendentales en materia de derechos civiles y políticos (especialmente los casos referidos a la segregación de los negros en las escuelas¹⁴⁵, los que consolidaron la norma de que las elecciones a las legislaturas estatales debían estar presididas por el principio una persona un voto-*reapportionment cases*¹⁴⁶-así como los referentes a la libertad de expresión¹⁴⁷; las

¹⁴⁴ Además de la decisión de *Dred Scott v. Sanford* (vid., infra 2.1), cabría mencionar la era conocida como 'era Lochner' a la que me he referido con anterioridad (vid., supra nota 141).

¹⁴⁵ Vid., *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954). Con esta sentencia, la Corte Suprema acabó con la doctrina conocida como *separate but equal* establecida en *Plessy v. Fergusson*, 163 US 537 (1896), según la cual resultaba compatible con la decimocuarta enmienda de la Constitución que los Estados mantuvieran servicios públicos segregados siempre que, aún así, tanto negros como blancos tuvieran iguales oportunidades de acceso a los mismos.

¹⁴⁶ Vid., *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 US 533 (1964) y *WMCA, Inc. v. Lorenzo*, 377 US 633 (1964).

¹⁴⁷ Por ejemplo, en *Cohen v. California*, 403 US 15 (1971), la Corte consideró contrario a la primera enmienda que el Estado de California multara a un opositor a la participación norteamericana en la guerra de Vietnam que mostraba su desacuerdo vistiendo una chaqueta en la que se leía "a tomar por culo el reclutamiento" (*fuck the draft*).

garantías del proceso penal¹⁴⁸ y el derecho a usar anticonceptivos¹⁴⁹, entre las más importantes).

Y por otro lado, si tenemos en cuenta estudios como el de Robert Lowry Clinton sobre la repercusión que la sentencia de *Marbury v. Madison* ha tenido en la historia norteamericana, la caracterización de Dworkin sobre la misma resulta, cuando menos, sobredimensionada. La decisión no es invocada como apoyo para ejercer el control judicial de constitucionalidad en la segunda ocasión en que se declara la inconstitucionalidad de una norma emanada del congreso (*Dred Scott v. Sanford*, vid., infra 2.1). Es mencionada como sustento de una declaración de esa naturaleza por primera vez en 1894 (91 años después de *Marbury*). Desde ese momento y hasta 1957 sólo en 38 ocasiones se hace referencia a la misma y no siempre en el sentido de cimentar el control judicial de constitucionalidad. A partir de 1957, y coincidiendo con la época más activa de la Corte, sí que aparece como el talismán que Dworkin describe (Clinton encuentra 89 citas en el período 1958-1983, es decir, casi el doble de las

¹⁴⁸ *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966) y *Duncan v. Louisiana*, 391 US 145 (1968), entre otras.

¹⁴⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965). En este caso, se declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut que prohibía el uso de anticonceptivos, por vulnerar el derecho fundamental a la privacidad (*right to privacy*), entendido éste como aquel ámbito de libertad individual que debe quedar inmune a la acción del poder público. En general, en muchos de los casos mencionados anteriormente se trata de la aplicación de las ocho primeras enmiendas que conforman el primer catálogo de derechos (*Bill of Rights*) incluido en la Constitución federal, frente a las decisiones de los gobiernos y legisladores estatales, a través de la cláusula del debido proceso (*due process*) de la quinta y decimocuarta enmienda (se trata de la conocida como doctrina de la incorporación-*doctrine of incorporation*-en el contexto constitucional norteamericano). Sobre la misma pueden consultarse entre otros: Akhil Reed Amar, 1992, pp. 1193-1284; Thomas K. Landry, 1992, pp. 219-258; Charles Fairman, 1949-1950, pp. 5-139; Stanley Morrison, 1949-1950, pp. 140-173; Charles Rice, 1991, pp. 11-16; Michael Kent Curtis, 1986, *passim*, así como un amplio elenco de decisiones de la corte en la que dicha incorporación era rechazada en la monografía de Felix Frankfurter, 1965, pp. 746-783. Para una lectura 'originalista' de tal enmienda, y por tanto, una crítica severa a su aplicación expansiva, vid., Wolfe, 1996, pp. 27-42 (e infra 6.3). El antecedente más relevante de la apelación en favor de la incorporación es, según señalan Morrison (*ibid.*, pp. 140-141) y Berger (1977, pp. 136-139), la opinión disidente del juez Black en *Adamson v. California*, 332 US 46 (1947).

existentes en los 154 años anteriores¹⁵⁰).

Como meras descripciones o interpretaciones (ciertamente caritativas en el caso de Dworkin), de la justicia constitucional, las tesis de Ackerman y este último no tienen valor justificatorio. Como se desprende de la iluminadora exposición que del planteamiento ackermaniano ha hecho Víctor Ferreres-Comella, el dualismo constitucional no es meramente una relectura explicativa de un mecanismo institucional como el que nos ocupa, sino que pretende ser una respuesta no tanto a la pregunta acerca de si los individuos tienen derechos frente a la mayoría, sino a la cuestión, urgente, *de quién debe resolver sobre los mismos*. Se trata, obviamente, de problemas distintos que pueden recibir respuestas diferentes, independientemente, indica Ferreres, de cual sea la concepción manejada de los derechos básicos¹⁵¹. La justificación del dualismo se apoyaría en última instancia en que las condiciones socio-políticas y económicas contemporáneas no permiten la participación activa de todos los individuos en las cuestiones fundamentales que les afectan. Si así ocurriera, la dimensión de la vida privada de los ciudadanos (que también es valiosa), el desarrollo de sus

¹⁵⁰ Vid., 1989, pp. 100-123.

¹⁵¹ Vid., Ferreres, 1996, pp. 139-141 y McConnell, 1988, pp. 90, 96. Según Ferreres, las cuatro posibilidades acerca de quién debe ser el último decisor-el legislador democráticamente elegido, el 'pueblo movilizado y deliberativo' de los momentos constitucionales, el constituyente originario o los jueces- son "[c]ompatibles con la tesis de que los individuos tienen derechos morales que el Estado debe respetar"; ibid, p. 141. Sin embargo si entendemos con Waldron, como uno de los derechos 'morales' básicos de los individuos el poder tomar parte en todas las decisiones que les afecten (incluyendo el contenido y alcance de sus propios derechos fundamentales), parece que son incompatibles las dos últimas opciones y más compatible la segunda que la primera. Sager ha señalado que el 'escepticismo sobre los derechos' (*rights-skepticism*) es compatible con el escepticismo sobre su control por parte de los tribunales (*courts-skepticism*) pero no a la inversa; es decir uno no podría afirmar la existencia de un catálogo de derechos constitucionales 'frente al gobierno', y dudar de que sean los tribunales los encargados de aplicarlos. Esto es sólo correcto en tanto en cuanto, como vengo señalando, se acepte que los derechos incluyen ese rasgo de 'límites frente a las decisiones de los representantes o la mayoría'. Eliminado ese rasgo uno puede con coherencia postular que un conjunto de exigencias morales plasmadas en la Constitución deben respetarse y que cuando se duda sobre el contenido y límites de las mismas, la solución que debe adoptarse es la que cuenta con el apoyo mayoritario; vid., Lawrence G. Sager, 1981, pp. 419-420.

planes de vida, resultaría mermado. El dualismo es el mecanismo preciso para evitar ese efecto indeseable, sin que ello suponga que los individuos renuncian definitivamente a su condición activa de ciudadanía¹⁵².

Pero salvo que se demuestre con argumentos más sólidos esa, inherente, mejor posición del poder judicial, la objeción sobre su posible arbitrariedad en la constatación de la existencia de momentos constitucionales y su implementación se hace plausible, o al menos sigue resultando un hecho contingente que hasta ahora, y si se quiere por regla general, los sucesivos jueces han percibido mejor las reformas constitucionales espontáneas que Ackerman describe. ¿Qué impide afirmar que el parlamento está en mejor posición de responder a las demandas que la sociedad plantea en los 'momentos constitucionales'¹⁵³? Para evitar discrecionalidad en uno u otro caso parece recomendable establecer un criterio o test que nos permita afirmar que efectivamente acontecen. Ese es precisamente el propósito que guía los procedimientos de reforma constitucional que la propia norma fundamental establece y que tienen, lógicamente, como supremo protagonista al pueblo y/o sus representantes¹⁵⁴.

En definitiva, el diagnóstico sobre la 'pobreza deliberativa' de las legislaturas puede llevar a recomendar la recuperación del republicanismo cívico, la necesidad de 'purificar' la práctica democrática; la elaboración, en

¹⁵²Vid., Ferreres, 1996, pp. 147-148.

¹⁵³Vid., un argumento similar, en Ferreres-Comella, *ibid*, p. 156.

¹⁵⁴De esa forma estaría además salvado el problema que, de forma pertinente, ha esgrimido Roberto Gargarella contra el planteamiento de Ackerman: ¿cómo interpretar la exigencia que se produce en el momento constitucional? Vid., 1996, pp. 139-141.

resumen, de un diseño institucional que garantice o favorezca que en el órgano representativo se dé un *mayor y mejor* diálogo y prime la razón pública rawlsiana (y no meramente se compongan los intereses privados). Pero no conduce necesariamente a procurar la sustracción al legislador o al pueblo de las cuestiones constitucionales fundamentales y su residencia en un órgano no representativo. Como ha señalado Amy Gutmann, "En lugar de la visión prevalente según la cual hay y debe haber una división del trabajo moral entre los jueces que se toman los derechos en serio y los legisladores que no lo hacen, yo propongo lo que cabría llamar una 'unidad del trabajo moral' entre legisladores y jueces"¹⁵⁵. Lo cual no obliga a postular que no sea en sede parlamentaria donde haya de residir 'la última palabra'¹⁵⁶. El propio Rawls, al

¹⁵⁵ Vid., 1986, p. 166. Algo similar parece recomendar ultimamente John Hart Ely, 1991, pp. 878-879. La interpretación que algunos constitucionalistas han dado de la conocida como *notwithstanding clause* del artículo 33 de la Constitución canadiense de 1982, establecería el mecanismo institucional que parece tener en mente Gutmann. Dicho artículo reza en sus apartados primero, tercero, cuarto y quinto: (1) El parlamento o legislatura de una provincia puede declarar expresamente al promulgar una ley, que *la misma o alguno de sus artículos debe ser eficaz a pesar de las provisiones incluidas en las secciones segunda o las que van de la séptima a la decimoquinta de esta Carta*. (3) Una declaración hecha conforme al apartado primero dejará de tener efectos transcurridos cinco años de su promulgación, o en una fecha anterior según disponga la declaración. (4) El parlamento o la legislatura de una provincia puede prorrogar la declaración hecha de acuerdo con el apartado (1). (5) El apartado (3) se aplica a las prórrogas hechas conforme al apartado (4). Las secciones aludidas en el apartado (1) son las que declaran los derechos y libertades fundamentales, de tal forma que tras la promulgación de la Constitución, no pocos comentaristas se apresuraron a prevenir frente a una lectura del artículo 33 como una permisión constitucional para que, con la mera declaración anexa, el legislador pudiera desentenderse del respeto a aquellos. Ello haría de la Constitución algo, por así decirlo, autorefutatorio. Esta forma de interpretar la '*notwithstanding clause*' fue precisamente la que practicó la Corte Suprema de Canadá en el caso *Ford v. A.G. Quebec* de 1988. El alto tribunal declara que el control sobre el acto parlamentario de '*notwithstanding*' no alcanza más allá del cumplimiento de los requisitos formales que el artículo 33 establece (prácticamente ninguno como se desprende de su lectura), si bien ello no quiere decir que esta provisión autorice la invasión de los derechos por parte del legislador; su efecto es impedir el control de constitucionalidad de la norma. Para otros constitucionalistas, en cambio, sí que cabe un escrutinio sustantivo, que visará entonces que ha existido un debate e intercambio suficiente de argumentos y razones previos a la inclusión del anexo o declaración de '*notwithstanding*'. Y ello como estrategia indirecta para que el legislador sea el primero en tomarse los derechos en serio, aunque posteriormente termine declarando que la Corte no deberá tener la última palabra sobre, en definitiva, lo que la Constitución dispone. Una sentencia por su parte de no haberse respetado el artículo 33 supondrá algo así como una petición al legislador para que delibere *más y mejor*. Vid., sobre todas estas cuestiones, entre la ingente bibliografía que se ha generado en torno al sugerente artículo 33: Brian Slattery, 1987, pp. 737-747 y Lorraine Eisenstat Weinrib, 1990, pp. 543-571.

referirse a los modelos británico (ausencia de control judicial de constitucionalidad) y alemán (catálogo de derechos y principios no enmendables ni siquiera por el pueblo) admite que, enjuiciados desde el punto de vista de los valores de una razonable concepción política de la justicia como la que él defiende, puede que sean superiores al régimen dualista que él apoya¹⁵⁷.

Y ello porque, en definitiva, para responder a la dificultad democrática del control judicial de constitucionalidad no basta con arrojar la pelota al tejado de los que inquietan por las *razones* que abonan la tesis según la cual una minoría de jueces no elegidos han de decidir con carácter final¹⁵⁸, sobre todo si

¹⁵⁶ Vid., nota anterior. En esa dirección, de implementar una suerte de 'diálogo' institucional entre el legislador y el tribunal constitucional, cabe cifrar también las propuestas de, entre otros, Ferreres, 1996, pp. 156-157; Gargarella, 1996, pp. 174-177; Nino, 1991, pp. 126, 133, 135 (y su obra póstuma, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven-London, Yale University Press) y Sunstein, 1985, p. 69 y 1988, pp. 1558-1560. Aunque finalmente, en todos los casos, el tribunal constitucional seguiría siendo el último decisor. Incluso en el caso de Sunstein, pese a que, frente a Michelman (vid. supra), sitúe en el legislador el ideal de comunidad cívico-republicana (vid., Kahn, 1989, p. 38). Recuérdese que, desde otros parámetros y no precisamente animado por la perfección de la democracia, Carl Schmitt defendió la institución de la presidencia del *Reichstag* como mejor garante de la Constitución por encarnar los atributos de independencia y neutralidad con respecto a los partidos políticos y por el contenido de sus atribuciones *ex constitutione*; vid., 1983, pp. 249-251.

¹⁵⁷ 1993, pp. 234-235 y Samuel Freeman, 1994, p. 660. La posición de Rawls al respecto es, como se ve, ciertamente ambigua desde la publicación de *A Theory of Justice*. Vid., Frank Michelman, 1973, pp. 993-995. En realidad incluso en *Political Liberalism* lo sigue siendo. A pesar de afirmar que el modelo británico puede ser superior al dualismo que él apoya, mantiene una muy elitista concepción del procedimiento de enmienda constitucional (artículo V de la Constitución norteamericana), posición que le hace situarse más bien en la línea del 'iusnaturalismo constitucional' del sistema alemán. Una enmienda válida de acuerdo con el mencionado artículo, nos dice Rawls, no es un mero cambio, sino que ha de cumplir una serie de requisitos (en general, profundizar la concepción política de la justicia que él entiende defendible; vid., 1993, pp. 237-239). De tal forma que podría haber 'enmiendas sustantivamente inconstitucionales', que la Corte Suprema podría declarar como tales; vid., también, Freeman, 1994, p. 663.

¹⁵⁸ Y mucho menos sirven las apelaciones emotivas al 'juicio de la Historia' como las que en su momento, y de forma apodíctica, proclamó García de Enterría en una obra, por otro lado, crucial en el desarrollo del constitucionalismo español: "[l]a cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante la cual la justicia constitucional no sólo ha sido absuelta de tan graves cargos, sino que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano"; vid., 1988, p. 175. Entre los 'graves cargos', además de la falta de legitimidad democrática, García de Enterría menciona: el carácter de órgano político y no jurisdiccional del Tribunal Constitucional, y la inexistencia de criterios con los que dicho órgano resuelve las controversias constitucionales; *ibid.*, p. 158.

la confrontación se hace en términos de instituciones mayoritarias potencialmente dañinas para la salvaguarda de los derechos (por el hecho de ser mayoritarias) frente a una institución que sí los protegería mejor por no serlo, *pues también esta última (el órgano encargado del control judicial de constitucionalidad) es una institución mayoritaria.*

El que en esa tesitura apuesta por no privilegiar al órgano jurisdiccional cuenta, como he venido indicando, con una razón *también basada en los derechos*, de la que en cambio parece carecer el que, como Dworkin, prefiere sustraer la decisión a la mayoría o sus representantes. Y ello pese a que este mismo autor reconoce que la objeción democrática es razonable cuando se asume que el valor de la democracia radica en el procedimiento y no tanto en el resultado que es capaz de procurar. Hasta tal punto que, según aquél, la lectura 'moral' de la Constitución que propugna (sobre la que tendré oportunidad de volver más adelante) es compatible con esquemas institucionales como el británico que carecen de control judicial de constitucionalidad.

Pero curiosamente, una vez admitido esto, Dworkin afirma que para decidir entre uno u otro modelo, *el criterio ha de ser el resultado que en cada caso se logra*. La mejor estructura institucional, indica, es la mejor calculada para generar las mejores respuestas a la pregunta sobre cuales son realmente las condiciones de democratización, de tal forma que en esa empresa, "Un conjunto de consideraciones prácticas son relevantes, y muchas de ellas pueden sustentar poderosamente que se *permita* a la misma legislatura elegida decidir

sobre los límites morales de su poder"¹⁵⁹.

Pero algunas otras consideraciones, parece, no sustentarían igualmente esa permisión. Podemos suponer que circunstancias tales como una mayoría resueltamente dispuesta a mancillar de forma flagrante los derechos básicos y la igual consideración y respeto de sus conciudadanos en minoría. Pero en tal contexto, no sería precisamente la fuerza persuasiva de los argumentos esgrimidos por un órgano deliberativo encargado de velar por la Constitución el que consiguiera atemperar a semejante mayoría tiránica. Y, por otro lado, si las cosas fueran efectivamente así, no se daría en primer lugar el presupuesto para otorgar a ese colectivo la carga del 'autogobierno'.

Dworkin, como hemos visto, insiste en que de lo que se trataba era de mostrar en forma convincente que el control judicial de constitucionalidad es no sólo compatible con la idea democrática, sino que responde a una concepción más atractiva de ésta y del imperio de la ley. No es suficiente proclamar el propósito. Hay que disolver con argumentos más sólidos la paradoja que Waldron con perspicacia ha planteado: afirmamos la existencia de derechos frente a las mayorías, y al tiempo concedemos que sobre sus límites y contenido esencial decide la mayoría de los que, no elegidos democráticamente, forman parte del tribunal constitucional.

¹⁵⁹ 1996a, p. 34 (énfasis mío).

1.2.2 El argumento basado en la protección del procedimiento democrático (John Hart Ely)

Ahora bien, cabría considerar que en tanto en cuanto la mayoría puede decidir si no la anulación (que también), sí la imposición de restricciones graves al propio derecho de participación que estamos considerando como básico, es conveniente que un órgano 'independiente', no representativo, vele porque tal circunstancia no ocurra.

La defensa de esta segunda estrategia justificatoria del control judicial de constitucionalidad (el tribunal constitucional como 'mero' garante del proceso democrático) ha encontrado contemporáneamente en el constitucionalista norteamericano John Hart Ely uno de sus más firmes y perspicaces valedores¹⁶⁰.

Su apuesta es por una concepción de la justicia constitucional 'orientada a la participación y reforzadora de la representación'¹⁶¹, basada en el presupuesto de que "Ella corte no debe inmiscuirse en los juicios de valor del legislador"¹⁶². A

¹⁶⁰También, entre otros, Erwin Chereminsky, 1987, pp. 9-10.

¹⁶¹*participation-oriented, representation-reinforcing*; vid., 1980, p. 87.

¹⁶²Ibid., p. 72. Conviene no perder de vista que, como en el caso de Ackerman, la propuesta de Ely pretende ser una reconstrucción, o caracterización del texto fundamental, del proceso constituyente norteamericano y de los propósitos profundos que habrían subyacido en la jurisprudencia constitucional norteamericana (singularmente la producida durante la era Warren; id., pp. 73, 93-100). Esa 'mejor' redescritción que propone Ely, toma como punto de partida un comentario colateral de una sentencia de la Corte Suprema (*United States v. Carolene*, 304 US 144-1938-) en la que el autor ve plasmado el núcleo de su aproximación 'orientada a la participación y reforzadora de la representación' (una compañía distribuidora había sido condenada por infracción de una ley federal que prohibía el transporte interestatal de productos lácteos artificiales potencialmente dañinos para la salud pública). La Corte tuvo que resolver la alegación hecha por la compañía de que la norma aplicada vulneraba determinadas enmiendas de la Constitución, (la quinta y decimocuarta que establecen el 'debido proceso'-*due process of law*-y la igual protección de las leyes de la enmienda catorce). En general, ha de presumirse, indica la corte, la racionalidad o justificabilidad de la legislación (tal sería el propósito de aquellas enmiendas: la evitación de la arbitrariedad legislativa), sin que ello impida entender que esa 'presunción de constitucionalidad' se debilita, es decir que el escrutinio de la corte debe ser más estricto, cuando la regulación, por afectar a derechos políticos, por basarse en prejuicios contra determinadas minorías (*discrete and insular minorities*), tenga como efecto la restricción del proceso democrático, mecanismo este cuyo telos es

diferencia del modelo neorepublicanista-deliberativo de Ackerman que analizamos anteriormente, esto es, partiendo de una concepción 'pluralista' de la democracia, la justicia constitucional aparece como un instrumento construido a imagen y semejanza del derecho de la competencia (*antitrust*) cuyo objetivo prioritario es, como se sabe, garantizar tanto como resulte posible las condiciones de la competencia perfecta entre los agentes económicos. La arena democrática sería concebida como un ámbito público poblado de grupos con intereses distintos, y normalmente conflictivos entre sí, que han de ser armonizados. Lo fundamental es, siguiendo con el símil del derecho de la competencia, impedir que se dé por parte de alguno de ellos un 'abuso de posición dominante'. La corte ha de intervenir, exclusivamente, para 'limpiar los canales de la participación política', cuando ocurre que, aunque a nadie se le niegue directamente el voto, los representantes de la mayoría sistemáticamente imponen desventajas sobre alguna minoría por motivos exclusivamente basados en el prejuicio hostil¹⁶³. Una parecida recomendación dirigida a procurar la auto-restricción (*self-restraint*) o deferencia judicial (*judicial deference*) hacia el legislador democrático ha sido expresada por Michael Walzer: "Los jueces deben permanecer tan cerca como puedan de las decisiones de la asamblea democrática, aplicando en primer lugar los derechos políticos básicos que sirven para mantener el carácter de tal asamblea y proteger a sus miembros de la legislación discriminatoria. No deben aplicar más derechos que estos, a no ser que estén autorizados para hacerlo así mediante una decisión democrática. Y no ha de importar a los jueces, como jueces, que una lista de derechos más extensa

precisamente, según el tribunal, la protección de aquellas; vid., 304 US 144, 152-153, nota 4 (1938).

¹⁶³1980, pp. 102-103.

pueda ser, o haya sido, validada en otro lugar. En otro lugar no cuenta"¹⁶⁴.

La razón fundamental por la que el empeño de los Ely y Walzer no arroja resultados satisfactorios tiene que ver con algunas de las consideraciones que anteriormente fueron expuestas en relación con las dificultades asociadas al establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales a partir de una primera y más básica exigencia moral (que recuerdo se identificaba, a partir de las estrategias justificatorias constructivistas de Rawls y Habermas, precisamente, con el derecho a la participación del sujeto como expresión de la dimensión legisladora de su autonomía moral). El no haber visto esto último así, es decir, el no haber puesto de manifiesto expresamente que son también consideraciones normativas las que recomiendan la primacía legislativa y la reducción del control judicial de constitucionalidad a la mera vigilancia del correcto funcionamiento del proceso político, es una de las objeciones más comúnmente esgrimidas al planteamiento de Ely¹⁶⁵. Y ello tiene como consecuencia que su pretensión de que los jueces mantengan una actitud de autorestricción y deferencia se asiente sobre bases muy poco firmes. Una vez que concluimos que la participación exige algo más que el derecho al sufragio, hemos abierto la puerta para que los jueces resuelvan sobre un buen número de

¹⁶⁴1981, p. 397. En España, también Aragón ha defendido como consecuencia del principio democrático que el tribunal constitucional debe mantener una actitud de autorestricción guiado por el principio 'in dubio pro legislatore'; vid., 1990, p. 124.

¹⁶⁵Vid., entre otros, Michael J. Perry, 1982, pp. 86-87; Jeffrey G. Murphy, 1986, p. 157 y Roberto Gargarella, 1991, pp. 173-204, p. 200. Y ello junto a otras objeciones basadas en su, presunta, fallida visión del proceso constituyente norteamericano que en este trabajo no puedo explorar con detenimiento. Vid., al respecto, David A. J. Richards, 1989, donde se mantiene que las concepciones de la Constitución norteamericana a la Ely, basadas en una posición metaética escéptica, son incompatibles con las ideas que guiaron a los padres fundadores. Richards ve en la teoría de la legitimidad política lockeana el influjo fundamental presente en la conciencia revolucionaria norteamericana que condujo a la elaboración de la Constitución. Y ello tanto en la facción federalista como en la anti-federalista; vid., pp. ix, 26, 45, 78-96, 115-120, 148, 226.

derechos fundamentales asociables a aquel como condición de posibilidad de su ejercicio. Y su actuar podría estar, sin duda, igualmente sostenido en una aproximación 'orientada a la participación y reforzadora de la representación' (piénsese, entre otros, en los derechos a la libertad de expresión, asociación, derecho al sufragio pasivo, reunión, manifestación, etc.)¹⁶⁶. Es decir, que ciertos límites constitucionales al poder de la mayoría se sustentan sobre los mismos valores fundamentales que subyacen al compromiso con la propia democracia¹⁶⁷. Por otro lado, la misma idea de procedimiento democrático es también, tomando en préstamo el afortunado término de Gallie, 'esencialmente controvertido'¹⁶⁸, como lo es la noción de derechos fundamentales. Nos encontramos así de nuevo en el punto de partida. Parece que un compromiso consistente con sus propios presupuestos obligaría a Ely a reconocer, con Waldron, la supremacía del legislador y el difícil encaje que para una teoría democrática como la que maneja tiene la institución del control judicial de constitucionalidad¹⁶⁹. O, alternatively, demostrar la mejor cualificación del juez constitucional como depurador de las impurezas presentes y posibles en los procedimientos de participación política. Algo de eso hay también en su planteamiento, y por ello las mismas críticas que anteriormente fueron expuestas en relación con la primera estrategia justificatoria cabrían darse por reproducidas en este momento.

¹⁶⁶ Vid., Chereminsky, 1987, pp. 15-16 y Robert H. Bork, 1979, pp. 698-701.

¹⁶⁷ Vid., William Nelson, 1988, pp. 78-81. Vid., en el mismo sentido, Thomas Nagel, 1981, 520-521; Ronald Dworkin, 1985, pp. 58-59 y Juan Carlos Bayón, 1985, pp. 147-148.

¹⁶⁸ Vid., Gallie, 1956, pp. 167-198, e *infra*, 6.5.

¹⁶⁹ Waldron, 1993, p. 39-41.

1.2.3 La lógica de Hamilton-Marshall

Como antes señalaba, el esfuerzo de Ackerman, su concepción dualista de la política, constituye una loable reformulación, si acaso, de los parámetros filosófico-políticos que explican la emergencia de las constituciones escritas tras las revoluciones norteamericana y francesa. Es una visión iluminadora de cómo estas son el resultado de la confluencia de las tradiciones liberal y democrática representadas, en términos generales, por el pensamiento de Hobbes (idea del pacto como origen del poder político legítimo), Locke (derechos naturales de la persona) Rousseau (autoridad política basada en la participación de los súbditos) y Kant (idea de la autonomía moral de los individuos). La percepción entonces habida de la necesidad de contar con una estructura de gobierno que regule la vida en sociedad y preserve al tiempo la garantía del respeto a la libertad y dignidad de los individuos, permite afirmar que la Constitución no es mera ni exclusivamente la fuente de validez de un sistema normativo presuntamente desvinculado de la moral (como se ha empeñado en mostrar Kelsen a lo largo de este siglo), sino, por encima de eso, la 'zona de mediación', en expresión de Elías Díaz, entre la democracia y los derechos individuales¹⁷⁰.

¿Pero constituye esa razón en favor de la 'primacía de la Constitución' una justificación al tiempo de la preponderancia de la interpretación judicial de la misma? La respuesta afirmativa basada en la idea de que en otro caso se produciría un, parafraseando a Nino, 'vaciamiento conceptual' de la Constitución, es el argumento cardinal desarrollado por el juez Marshall en lo

¹⁷⁰ Vid., 1990, p. 32.

que para muchos supone el acto de bautismo de la institución que venimos considerando: la sentencia *Marbury v. Madison*¹⁷¹. De ahí que Carlos Santiago Nino haya caracterizado esta segunda línea de justificación con el rótulo de 'lógica de Marshall'¹⁷² aunque por razones de fidelidad con la historia que a continuación veremos, de buscar un padre a la lógica de la primacía de la Constitución, éste habría de ser con más justicia Alexander Hamilton que el juez John Marshall¹⁷³.

En las dos estrategias expuestas hasta el momento, se puede percibir el denominador común de la insistencia en lo que he llamado la 'mejor posición del juez constitucional'. En el caso, paradigmáticamente, de Dworkin, por la desconfianza hacia la 'mayoría' y ello como una exigencia de la protección de los derechos fundamentales que son concebidos como 'triunfos' frente a esta. En el supuesto de la argumentación basada en lo que denominaré 'lógica de Hamilton', como resultado de la aplicación del principio de separación de poderes a partir del entendimiento de la Constitución como norma jurídica suprema, esto es como Derecho. No se proclamaría por tanto una eventual 'mejor' posición, sino que simplemente se afirmaría el carácter típicamente jurisdiccional del control de constitucionalidad de las leyes. Se constataría que

¹⁷¹ 1 Cranch 137 (1803).

¹⁷² Vid., Nino, 1992, pp. 97-100.

¹⁷³ Cabe hacer apelación a antecedentes más remotos del *judicial review*, por la vía de la mayor abstracción de sus caracteres definitorios. Así, Theodore F.T. Plucknett entiende que la idea genérica de una norma que limita tanto el poder del parlamento como el de la corona se encuentra en la opinión del juez Coke en el conocido como *Bonham Case*; vid., 1926, p. 34; vid. también sobre este caso, Clinton, 1989, pp. 35-42. Cappelletti menciona incluso como en la distinción griega entre *nomos* (ley en sentido estricto) y *pséfisma* (una suerte de decreto), y la no vinculación de los jueces con estos últimos cuando contradecían a los primeros, cabría enraizar el argumento hamiltoniano en favor del control de constitucionalidad; vid., 1966, pp. 21-23. Según Clinton, tal denominación-*judicial review*-no aparece hasta 1910 en un trabajo de Edward S. Corwin; vid., 1989, p. 7.

esa es la 'posición' (sin adjetivos), del juez como aplicador del Derecho. Se estaría simplemente recurriendo al ideal del imperio de la ley, del *rule of law and not of men*.

Si bien la institución del control judicial de constitucionalidad no figura expresamente mencionada en el texto de la Constitución norteamericana, sí cabe afirmar que en cierto sentido estuvo presente durante la Convención Constitucional de 1787. En dicho foro, algunos constituyentes se plantearon la conveniencia de instaurar un órgano (*Council of Revision*) que velara por la constitucionalidad de la legislación federal emanada del Congreso, compuesto por miembros del poder ejecutivo y judicial¹⁷⁴. Y no es extraño que así fuera pues, como se ha destacado por parte de algunos historiadores constitucionales norteamericanos, la posibilidad de que los tribunales tuvieran la competencia para revisar la validez de las normas emanadas del poder legislativo había sido ya invocada previamente incluso en sede judicial. En el clásico sobre la materia de Charles Grove Haines de 1914 ya se da cuenta de tales precedentes en el ámbito de las cortes estatales durante el período 1776-1787¹⁷⁵. Con posterioridad a la

¹⁷⁴Sobre el *Council of Revision* y en general sobre si los constituyentes anticiparon o no el control judicial de la Constitución puede verse: Charles A. Beard, 1926, especialmente pp. 16-63 y muy recientemente Maeva Marcus, 1995, pp. 24-25 y Michael J. Perry, 1994, pp. 24-26 (en defensa de la existencia de tal previsión); Vid., también Sylvia Snowiss, 1990, pp. 38-44, Geoffrey C. Hazard, Jr, 1978, pp. 3-5 y Jon Elster, 1995, pp. 8-10 (entendiendo Hazard, Snowiss y Elster que si bien los constituyentes se plantearon la cuestión, no cabe dar una respuesta concluyente sobre el carácter desviado o no de la *judicial review* respecto del texto y propósito de la convención).

¹⁷⁵Vid., 1932, pp. 88-121. Vid., también Beard, 1926, pp. 115-118. Lewy opina que no cabe deducir de dichos antecedentes con la rotundidad manifestada por Haines una práctica común u opinión extendida con carácter favorable a la institución de la *judicial review*; vid., 1988, pp. 92-100 e igualmente Gordon S. Wood, 1988, p. 1295 y Clinton, 1989, pp. 23, 29, 43-55 (entendiendo que la idea moderna de control judicial de constitucionalidad, como poder general de invalidación de la legislación no cabe ser remontada a dichas apelaciones o ejercicios preconstitucionales, o en general al pensamiento jurídico de aquella época en lo que hace al entendimiento del poder judicial). Sobre uno de ellos, el conocido como 'caso de los prisioneros' (*Commonwealth v. Caton*), un reciente estudio de William Michael Treanor ha podido establecer con plausibilidad a partir de las notas personales de St. George Tucker (uno de los que actuó en el juicio como *amicus curiae*) y Edmund Randolph (fiscal general en nombre del Estado de Virginia),

aprobación de la Constitución federal y antes de *Marbury*, en un caso decidido ante la corte de circuito del Estado de Virginia, se arguyó por parte de la defensa de James Thompson Callender (acusado de libelo contra el presidente Adams), la inconstitucionalidad de la norma que iba a serle aplicada a su defendido, y la posibilidad de que tal declaración de nulidad pudiera ser hecha por el jurado. El juez encargado de resolver el asunto (Samuel Chase) negó que la Constitución otorgara esa competencia al jurado popular¹⁷⁶ pero sí en cambio a la autoridad judicial; en sus propias palabras: "El poder judicial de los Estados Unidos es la única autoridad apropiada y competente para decidir si una ley establecida por el Congreso (o por cualesquiera de las legislaturas estatales) es contraria a, o vulneradora de, la Constitución federal"¹⁷⁷.

Expresión de este conjunto de apuntes prístinos sobre la idea de la supremacía de la Constitución como argumento central en favor de la institución del control de constitucionalidad, es sin duda el pensamiento de Hamilton manifestado El Federalista N°78 al glosar el Poder Judicial regulado en

cuales habrían sido incluso las influencias concretas y específicas que recibió Marshall, que estuvo presente como joven abogado, entonces, en la sala donde se decidió el caso; vid., 1994, pp. 497-499, 540-554. Para otros antecedentes en esa dirección, como el conocido como *Hayburn's Case* decidido ante la corte de circuito del distrito de Pennsylvania en abril de 1792 o la opinión del juez Iredell en *Oswald v. New York* de 1792, vid. Marcus, 1995, pp. 27-37.

¹⁷⁶ El intercambio de argumentos en ese punto entre la defensa (Mr. Wirt) y el juez Chase fue como sigue: Chase, juez de circuito: *Ningún hombre denegará su ley, todos sabemos que los jurados tienen derecho a decidir sobre cuestiones de hecho y de derecho, y la Constitución es la norma suprema del país, la cual controla todas las normas que la contravienen.*

Mr. Wirt: *Por tanto, el jurado tiene el derecho de considerar el derecho, y en tanto en cuanto la Constitución es derecho, la conclusión es ciertamente silogística, el jurado tiene derecho a tener en cuenta la Constitución.*

Chase, juez de circuito: *Un non sequitur, señor* (United States v. Callender, 25 F. Cas 239, 253 (1800)). Sobre la importancia de este caso y la figura del juez Samuel Chase, vid. Stephen B. Presser y Becky Bair Hurley, 1984, esp. 772-778 y 812-813, donde los autores destacan que el razonamiento usado por la defensa es conocido desde entonces como el 'silogismo de Virginia', aportando también el dato (p. 772) de que Marshall asistió a dicho juicio, y Stephen B. Presser, 1989, esp. pp. 157-158.

¹⁷⁷ United States v. Callender, 25 F. Cas 239, 256 (1800).

el artículo III de la Constitución federal. El autor llama la atención en el texto sobre la perplejidad que a algunos provoca la idea de que los tribunales puedan situarse por encima del legislador al conferirse a aquellos la capacidad de declarar nulos actos legislativos por ser contrarios a la norma fundamental. Entiendo que merece la pena, pese a su extensión, citar en su integridad el razonamiento de Hamilton al respecto; en él hay un anticipo del que fue usado por Marshall y, asimismo, de la teoría de la validez jurídica kelseniana:

No hay posición que dependa de más claros principios, que la de que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor de la comisión bajo el que es ejercido, es nulo. Ningún acto legislativo, por tanto, contrario a la Constitución, puede ser válido. Negar esto, sería afirmar que el sustituto es mayor que su principal; que el sirviente está por encima de su amo; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres actuando en virtud de poderes, pueden hacer no sólo lo que sus poderes no autorizan, sino también lo que prohíben... Es mucho más racional suponer que los tribunales fueron designados para ser un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislador, para, entre otras cosas, mantener al último dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es la competencia propia y peculiar de los tribunales. Una Constitución es, de hecho, y así ha de ser considerada por los jueces, una ley fundamental. A ellos corresponde por tanto afirmar su significado y también el significado de cualquier acto procedente del cuerpo legislativo... la Constitución debe ser preferida a la ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes. Esta conclusión no supone en ningún caso la superioridad del judicial con respecto al poder legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior a ambos; y que cuando la voluntad del legislador, declarada en las leyes, resulte en oposición a la voluntad del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben ser gobernados por la última antes que por la primera. Deben regular sus decisiones mediante las leyes fundamentales, más que por aquellas que no son fundamentales¹⁷⁸.

El problema de Marbury no es simplemente que, como hoy apuntan

¹⁷⁸ 1888, pp. 485-486. Vid., igualmente el N^o LXXXIII, donde Hamilton afirma: "[l]a naturaleza y la razón del objeto nos enseña que el acto previo de un superior debe ser preferido al subsiguiente acto de una autoridad subordinada e inferior; y que, de acuerdo a ello, cuando una ley particular contraviene la Constitución, será deber de los tribunales de justicia vincularse a la última y no considerar la primera". También Madison en la Convención de Filadelfia habría expresado esta misma idea de vincular la posibilidad del control judicial de constitucionalidad a la supremacía de la Constitución como expresión del poder soberano del pueblo que la ratifica. Vid., Jack N. Rakove, 1996, p. 103.

muchos autores, (y por lo previamente indicado), sus credenciales de innovación y originalidad hayan resultado magnificadas en exceso¹⁷⁹. El verdadero déficit radica en su carácter de argumentación falaz. Y de eso adolece el razonamiento hamiltoniano-marshalliano y por ende la reelaboración del mismo debida a Kelsen. Conviene, aunque sea resumidamente, exponer las razones que llevan a

¹⁷⁹ Entre los que han analizado la actuación de Marshall más como un ejemplo de astucia política que de 'genialidad jurídica', vid., Bickel, 1986, p. 2; Lewy, 1988, pp. 77, 85; Marcus, 1995, p. 45 y Harold B. Burton, 1987, pp. 22-23. Gordon S. Wood por su parte, niega que se pueda atribuir a la decisión de Marshall, como tradicionalmente se ha hecho, el carácter de fuente principal de la institución del control judicial de constitucionalidad; vid., 1988, p. 1293. La minusvaloración de la opinión de Marshall no es, con todo, nueva en la literatura. Su caracterización de decisión lógicamente absurda, y junto con ello un ataque frontal a la institución de la *judicial review*, puede encontrarse en un trabajo de Morris R. Cohen de 1946 (especialmente pp. 178-192), ciertamente iluminador y muy similar en sus líneas generales de argumentación con los planteamientos de Waldron. En el ámbito jurisprudencial uno de las censuras más tempranas es la opinión disidente del juez John Gibson en un caso ante la corte suprema de Pennsylvania de 1825, *Eakin v. Raub*, 12 Serg. & Rawle; (Pa), 330). Conviene recordar someramente el caso para percatarnos de la perspicacia de Marshall al resolverlo. Poco antes de que Jefferson fuera elegido presidente, Adams realizó algunos nombramientos para ocupar el cargo de juez de paz. Las designaciones oficiales fueron selladas por el, entonces, secretario de Estado John Marshall y ratificadas por el Senado. La nueva administración, concretamente el recién nombrado secretario de Estado James Madison en sustitución de Marshall (elegido para *Chief Justice* de la Corte Suprema) se encontró con que algunos de los nombramientos no habían sido finalmente enviados a sus destinatarios. Jefferson ordenó a Madison que no procediera al envío. Los agraviados, entre los que se encontraba William Marbury, solicitaron de la Corte Suprema un mandamiento (*writ of mandamus*) que exigiera al secretario de Estado su confirmación mediante la remisión del nombramiento oficial. De acuerdo con la sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 (que desarrollaba el artículo III de la Constitución) la Corte Suprema tenía, entre otras potestades, la de emitir dichos oficios a tribunales inferiores así como a funcionarios del gobierno. Marshall era consciente de, en sus propias palabras, la 'delicadeza del caso'; la crisis superlativa que su decisión podía generar entre el ejecutivo y el judicial. Finalmente eludió el problema ordenando la no remisión del oficio en el entendimiento de que esa facultad otorgada por la *Judiciary Act* vulneraba el artículo III de la Constitución. Obsérvese pues que este primer y, para muchos canónico, ejercicio de control de constitucionalidad tiene como efecto una declaración que implica reprochar al legislador el haber otorgado 'demasiado poder' a la Corte Suprema (lo cual ha llevado a Clinton a mantener que de la decisión sólo se desprende la autoridad final de la Corte para controlar la constitucionalidad de la legislación que regule sus competencias y funcionamiento, pero nada más que eso; esa sería la lectura de la sentencia que la haría compatible con la tradición americana del common law heredada de los tribunales ingleses y con el entendimiento de los constituyentes sobre el poder de los jueces; vid., 1988, p. 18, y la opinión en contra de tal interpretación de Perry, 1994, pp. 24-26). Procediendo así la Corte es la que decide en todo caso cuanto poder ha de conferirsele de acuerdo a la Constitución, lo cual es ya en sí mismo un ejercicio supremo de poder que no se deriva del texto invocado como apoyo, entonces sí, de la restricción (por ello ha podido afirmar Thomas Nagel como esta institución se encuentra comprometida irremisiblemente con una tarea filosófica; obligada a una misión análoga a la que Kant asignó a la facultad de la razón cual es la de determinar ella misma los límites de lo que legítimamente puede hacer; vid., 1981, p. 523). Junto a ello, y todo el razonamiento vinculado basado en la supremacía de la Constitución, Marshall no desaprovecha la ocasión para, *obiter dicta*, afirmar el derecho del reclamante al nombramiento. Muchos comentaristas de la sentencia han mostrado su extrañeza por esta forma de proceder de Marshall; por no haberse limitado mera y exclusivamente al aspecto jurisdiccional sino haber considerado también la cuestión sustantiva. La razón obedece seguramente a la pretensión de Marshall de no dejar sin censura la actitud de Jefferson; vid., 1988, pp. 44-46 (especialmente p. 45, donde se reproduce la opinión crítica a la sentencia manifestada por el propio Jefferson). Vid., también sobre las circunstancias históricas del caso, Burton, 1987, pp. 16-20.

esa conclusión, pues no son pocos los que aún hoy insisten en predicar, en cambio, su inimpugnabilidad¹⁸⁰.

Como ha indicado Nino, el error radica en haber confundido una necesidad lógica con una dificultad de orden práctico. En efecto, se puede conceder que la Constitución representa la expresión del poder soberano; la fuente de 'validez' de las normas que componen el ordenamiento jurídico o instancia última de regulación de la producción normativa. Y ello tanto en sentido procedimental como material¹⁸¹. Si la Constitución resulta en esa expresión 'juridificada' del poder originario¹⁸², su control, como el del resto del ordenamiento ha de radicar en el poder judicial como manifestación del principio de separación de poderes¹⁸³. De otra forma, como se desprende de las ideas de Hamilton (vid. supra), Marshall y Kelsen, la Constitución carecería de fuerza obligatoria¹⁸⁴. Es decir, viene a mantenerse, solamente si existe una

¹⁸⁰ Así, Cappelletti, 1980, pp. 409-410 que describe tal lógica como 'poderosa y simple'; vid., también, 1986, pp. 12, 311. En cambio, el propio Dworkin admite que la lógica de la argumentación de Marshall no es 'de hierro'; vid., 1986, p. 355.

¹⁸¹ Hans Kelsen, 1988, p. 115.

¹⁸² Lo cual no quiere decir que la legitimidad de la Constitución sea 'interna', es decir que se desprenda de ella misma (como en ese sentido afirma Manuel Aragón, vid., 1990, p. 43). Si la Constitución es considerada legítima (entendiendo por tal término 'justa') no será por el mero hecho de su aprobación o establecimiento por una mayoría. Su legitimidad, en el sentido de que nos lleva a considerar que es moralmente vinculante, ha de presuponer la adhesión a una norma que recomienda obedecerla por razones extra-constitucionales, o extrajurídicas, so pena de incurrir en una regresión al infinito. Vid., por todos, Juan Ramón de Páramo Argüelles (1988, pp. 114-115) donde muestra que eso es igualmente así para el caso de los operadores jurídicos, es decir, los que imponen o aplican el derecho, de tal forma que el razonamiento jurídico no es sino un caso especial del razonamiento práctico en general.

¹⁸³ Kelsen, 1988, pp. 130-131 y 1995, pp. 64-65. La contundencia en la afirmación de Marshall al respecto es ya uno de los apogemas clásicos del pensamiento jurídico: *It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is... So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide the case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This of the very essence of judicial duty (Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803)).*

'sanción' para cuando sea el caso que una norma contradice la Constitución, se puede afirmar la obligatoriedad de ésta¹⁸⁵. De acuerdo con el planteamiento kelseniano, cuando la Constitución no faculta a órgano alguno para el examen de la constitucionalidad de las leyes, hemos de interpretar que dicha norma suprema otorga al legislador la posibilidad de producir normas jurídicas, "te[n] un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la Constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la Constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la Constitución crea. La otra posibilidad es creada por la Constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional"¹⁸⁶. Igual ocurre, admite el propio Kelsen, cuando sí que se confiere el examen de constitucionalidad a un órgano distinto del que produce las normas; hasta el momento de ser declarada inconstitucional, "Ella ley es válida y debe ser aplicada por los órganos de aplicación del derecho"¹⁸⁷. La diferencia en este segundo caso es, obviamente, que las normas dictadas por esa 'segunda

¹⁸⁴Kelsen, 1988, p. 150. Vid., también *Marbury v. Madison*, 1Cranch 137 (1803): "Es una proposición demasiado clara como para ser impugnada, que la constitución controla todo acto legislativo contrario a ella, o que el legislador puede mediante un procedimiento ordinario alterar la constitución. Entre dichas alternativas no existe termino medio. O bien la constitución es una norma superior, preeminente, no modificable por medios ordinarios, o bien está al mismo nivel que los actos legislativos, y como estos, es alterable cuando la legislatura tenga a bien hacerlo. Si la primera alternativa es verdadera, un acto legislativo contrario a la constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos empeños, por parte del pueblo, de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable... Aquellos que cuestionan el principio según el cual la constitución ha de ser considerada, en los tribunales, como norma preeminente, se ven obligados a mantener que los tribunales deben cerrar sus ojos ante la constitución y contemplar sólo la ley. Esta doctrina subvierte la misma razón de ser de todas las constituciones escritas".

¹⁸⁵Vid., en ese sentido Jon Elster, 1993, pp. 189-190; según Eduardo García de Enterría, "El carácter normativo de la Constitución sólo se asegura si el juez constitucional es capaz de controlar al Legislativo..."; vid., 1995, p. 132.

¹⁸⁶ 1981, p. 279.

¹⁸⁷ Ibid., p. 280.

vía' (es decir no siguiendo el procedimiento impuesto por la Constitución o vulnerándola materialmente) son derogables¹⁸⁸.

Esta idea de que en el sistema se asume de forma tácita una cláusula que autoriza la promulgación de normas que contradicen expresamente las de rango superior, no resulta fácil de compatibilizar con otra de las consideraciones basilares de Kelsen: la estructura *dinámica* del ordenamiento, según la cual, "toda norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera"¹⁸⁹. El orden jurídico representa, en palabras del jurista vienés, "una construcción escalonada de normas", que se encuentran entre sí en una relación de jerarquía, o supra y subordinación, y en consecuencia "toda norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior determinante..."¹⁹⁰. Una 'norma' contraria a la Constitución (en general un conflicto de normas pertenecientes a distintos niveles) resulta así una contradicción en los términos¹⁹¹.

Parece, por todo ello que, como han indicado Nino y Bulygin, entre otros, los conceptos de validez y pertenencia según el criterio de jerarquía normativa que subyacen en la 'lógica de Hamilton-Kelsen' deben ser deslindados pues no coinciden con los que se presuponen en el razonamiento jurídico. Hemos de

¹⁸⁸ 1981, p. 280.

¹⁸⁹ Ibid., p. 232.

¹⁹⁰ Id., pp. 273-274.

¹⁹¹ Id., p. 274.

distinguir entre un sentido descriptivo de validez (como pertenencia de la norma al sistema jurídico) y otro normativo (como fuerza obligatoria). De otra forma habríamos de concluir que sólo las normas pertenecientes al sistema son 'obligatorias', lo cual es, como vimos anteriormente, un error: el hecho de que una norma no pertenezca al sistema porque su dictado infringió una superior que sí pertenece no quiere decir necesariamente que la primera no tenga fuerza obligatoria¹⁹².

Cabría postular que la validez de la norma depende exclusivamente de su consideración como tal por parte de los jueces (tesis subjetivista sobre la validez), en cuyo caso hablaríamos impropriamente de la primacía de la Constitución. Además, los jueces sólo tienen ocasión de pronunciarse sobre las normas en la resolución de litigios, de forma tal que si ocurriera que, por ejemplo, una conducta prescrita por una norma es unánimemente observada por los destinatarios no podríamos decir, paradójicamente, que, pese a ser seguida, sea 'válida', que tenga fuerza obligatoria, puesto que no ha llegado a ser considerada o valorada como tal por un juez. Por otro lado, entendiendo validez como pertenencia, esta es una propiedad predicable de la norma que ha sido creada por la autoridad competente, y no de que "alguien diga que ha sido creada por la autoridad competente, aunque ese 'alguien' sea el tribunal de

¹⁹² Nino, 1991, pp. 102-105. Vid., igualmente, Eugenio Bulygin, 1991a, p. 512-513 y infra. nota 102. Bulygin ha propuesto la distinción también entre validez (como pertenencia) y aplicabilidad de la norma; como ejemplo de norma aplicable-no perteneciente, además de las normas inconstitucionales, las normas del derecho extranjero aplicables según los criterios dados por el derecho internacional privado, o las normas penales derogadas pero más favorables para el reo; vid., 1991b, pp. 266-268. Sobre el concepto de validez que finalmente habría primado en Kelsen existe una gran discusión y abundante literatura, de la que en este trabajo no cabe dar cuenta. En la obra de Bulygin mencionada se expresa el alcance que para la teoría de Kelsen tendría la conclusión que Nino y Alf Ross han defendido en favor de una interpretación 'normativa' del concepto. En opinión de Bulygin, el carácter positivista de la ciencia jurídica que el autor de la Teoría Pura pretende mantener es incompatible con dicha concepción de la validez; vid., 1991a, pp. 516-517.

última instancia, competente para decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes"¹⁹³.

Una conclusión parecida a la anterior ha de derivarse de la idea de que en el sistema se da una cláusula que autoriza tácitamente la generación de normas prescindiendo material y procedimentalmente de lo establecido por una de rango superior; ello equivaldría a afirmar que el legislador no se encuentra realmente limitado por la norma fundamental. Y además, si nos percatamos de la interdependencia de los criterios que hacen 'válida' la producción normativa (materia, órgano y procedimiento), dentro de ese conjunto de normas 'autorizadas', vulneradoras de la norma suprema estarían tanto las que cuentan con apariencia de validez como las que hubieran sido formuladas por cualquiera en cualquier situación y con cualquier contenido¹⁹⁴. Un conjunto de hechos psico-sociológicos complejos hace que tales normas no merezcan la más mínima atención por parte de los posibles destinatarios. A nadie se le ocurriría, como indican Moreso y Navarro, acudir a los tribunales pretendiendo la derogación de una norma emitida por un actor en un escenario¹⁹⁵. Es efectivamente cierto, con todo, que se *asume la posibilidad* del dictado de normas inválidas, lo cual no equivale, como apunta Nino, a que se *autorice* su emisión. La 'cláusula' que otorga validez a la norma infractora estipula meramente su observancia y

¹⁹³ Bulygin, 1991b, p. 268.

¹⁹⁴ Nino, 1991, p. 103. Vid., igualmente, José Juan Moreso Mateos, 1993, p. 90 (vid., pp. 88-89, con respecto al alcance de las modificaciones introducidas por el último Kelsen en la idea de 'cláusula alternativa tácita').

¹⁹⁵ José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro, 1993, p. 109 (la noción de *vigencia* de las normas explicaría, según los autores, porque eso no ocurre). Vid., igualmente, Nino, 1991, pp. 105-106.

aplicación bajo ciertas condiciones. Entre ellas, su *apariencia* de legalidad¹⁹⁶.

De todo lo cual se deduce que es lógicamente concebible la existencia de una Constitución que limita al parlamento impidiéndole dictar ciertas normas, aunque no exista otro órgano que tenga la competencia para derogar o anular aquellas que vulneren esa prohibición¹⁹⁷. Si el remedio a la desviación fuera una condición necesaria para la primacía de la Constitución, y descartando que la validez dependa de su consideración como tal por los jueces, estaríamos abocados a una cadena infinita de 'guardianes del texto fundamental'¹⁹⁸. En resumen, lo que no autoriza la 'lógica de Hamilton', es la inferencia de que hayan de ser los jueces los encargados de velar por el cumplimiento del precompromiso. Joseph Grano, entre otros, lo ha expresado de forma clara: "El problema, con todo, es que Marshall todavía necesita una justificación para otorgar al poder judicial la autoridad para decidir que la contravención con la Constitución existe. Si, por ejemplo, el Parlamento decide que una ley es constitucional, y el judicial no tiene autoridad para revisar dicha decisión, la vulneración no existe, y la norma es perfectamente válida. La pregunta importante, por tanto, era la de **quién decide...**"¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Nino, 1991, pp. 105-106. Esta conclusión está en el fondo presupuesta en el planteamiento de Kelsen, es decir, se puede mostrar claramente que el corolario extremo de la cláusula alternativa tácita-la posible equiparación como 'autorizadas' de todas las normas infractoras imaginables- es radicalmente incompatible con otros extremos de su teoría. Así, por ejemplo, cuando contrapone el modelo que cuenta con un órgano distinto al legislador que examina la constitucionalidad de las normas, con otro que no dispone de tal mecanismo, indica que, incluso en este último supuesto, los jueces habrían de controlar el requisito de haber sido publicada la ley en el diario oficial, si es que la Constitución lo prescribe como condición para que las normas tengan fuerza obligatoria; Kelsen, 1981, pp. 278-279.

¹⁹⁷ Nino, 1991, pp. 106-107. Igualmente, Eivind Smith, 1995, p. 379.

¹⁹⁸ Nino, 1991, p. 107.

¹⁹⁹ Vid., Joseph D. Grano, 1981, pp. 12-13 (énfasis suyo). Vid., igualmente, entre otros, Bickel, 1986, pp. 3-4, Walter F. Murphy, 1986, pp. 404-405 y Clinton, 1989, pp. 14, 98-99.

CAPITULO II: El originalismo. Primeras aproximaciones

2.1 Breves referencias históricas

La apelación a la intención original de los constituyentes ha figurado desde siempre tanto en una parte no desdeñable de la jurisprudencia de la Corte Suprema como para un sector relevante del constitucionalismo doctrinal norteamericano como el criterio fundamental y más legítimo para interpretar las cláusulas constitucionales. En la segunda ocasión en que, tras *Marbury v. Madison*, la corte anulaba por inconstitucional una ley emanada del Congreso (posiblemente la decisión más deplorada en la historia de aquel país), el juez Taney afirmaba:

*No es la competencia de este tribunal decidir sobre la justicia o injusticia, corrección o incorrección política de estas leyes. La decisión sobre esa cuestión perteneció al poder político o legislativo, a aquellos que formaron la soberanía y establecieron la Constitución. El deber de este tribunal es interpretar el instrumento que elaboraron con la mejor luz que podamos obtener sobre la materia, y administrarlo como lo encontramos, **de acuerdo con su verdadera pretensión y significado cuando fue adoptado... La Constitución no sólo habla con las mismas palabras, sino también con el mismo significado y propósito con el que habló cuando salió de las manos de sus redactores, y fue votado y adoptado por el pueblo de los Estados Unidos.** Cualquier otra regla de interpretación abrogaría el carácter judicial de este tribunal convirtiéndolo en el mero reflejo de la opinión popular o pasión del día²⁰⁰.*

²⁰⁰ *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393, 404-405, 426 (1857, énfasis mío). Lo que se dilucidaba en este caso era si un esclavo (Dred Scott) trasladado por su dueño al Estado de Illinois y automáticamente emancipado por ello según las leyes de dicho territorio, podía ser o no considerado ciudadano de los Estados Unidos a los efectos de reclamar su derecho a la libertad ante los tribunales. Las conocidas como enmiendas de la reconstrucción tras la guerra de secesión (en particular la *equal protection clause* de la enmienda catorce), se deben a dicha decisión en la que finalmente se denegaba a los negros el estatuto de ciudadanía. Tal conclusión se apoyaba en el artículo IV.3 de la Constitución: "No person held to service or labour in one State, under the laws thereof, escaping into another, shall, in consequence of any law or regulation therein, be discharged from such service or labour, but shall be delivered up on claim of the party to whom such service or labour shall be due". Por otro lado, la quinta enmienda establece que "No person shall be deprived of life, liberty or property, without due process of law...". Como destaca Jaffa (1994, pp. 101-102), la antinomia se salvaba entendiendo que los esclavos no eran personas (y por tanto no caían bajo la órbita de la enmienda V) sino 'objetos de comercio'; pero lo cierto es que, pese a todo, el artículo IV.3 se refiere a ellos como personas. Una explicación muy pormenorizada del caso es la de David Lyons

La decisión de *Dred* y otras similares encajan pues en el modelo que Morton J. Horwitz cree dominó claramente durante el primer siglo de vida del texto constitucional, e inclusive hasta la llegada del juez Warren²⁰¹. De la opinión contraria es Jefferson Powell quien, en uno de los trabajos más ambiciosos y comprensivos sobre los antecedentes históricos de la metodología originalista, llega a la

en 1993, pp. 185-187, 196-201.

²⁰¹"[d]urante el transcurso de los primeros cien años tras la elaboración de la Constitución, la retórica dominante del discurso constitucional fue la retórica del originalismo y de la pretensión original", en 1989, pp. 657 (vid., también, p. 659). En esa posición se situarían también, entre otros, Michael J. Perry, 1994, p. 50; Gregory Bassham, 1992, pp. 1, 68; Beltrán de Felipe, 1989, p. 51; Maltz, 1987a, p. 44; Christopher Wolfe, 1996, p. 12; Jeremy Waldron, 1995, p. 329; Raoul Berger, 1977, pp. 365-367 y 1988, p. 352 (afirmando Berger en este último trabajo que la doctrina angloamericana de la interpretación basada en la intención original contaría con una tradición de más de seiscientos años). De parecida opinión es Richard S. Kay: si entendemos que la Constitución es, propiamente interpretada, aquel conjunto de reglas que pretendieron crear los constituyentes en el momento de su establecimiento, este método de interpretación es tan comunmente admitido en la práctica judicial americana que basta llamarlo simplemente como interpretación constitucional; vid., 1996, pp. 336-337. Larry G. Simon mantiene en cambio que se trata de un método no usado por la Corte Suprema durante la mayor parte del siglo XX, "ni tomado en serio más que por unos pocos constitucionalistas"; vid., 1985a, p. 1487 y 1985b, p. 613. Asimismo Mark Tushnet quien entiende que desde la década del 40 hasta la del 70, y en aras a la necesidad de adaptar el texto constitucional a las exigencias de una sociedad sometida a un vertiginoso proceso de cambios, la estricta adhesión al texto (en la forma conocida como interpretivismo, vid., infra apartado 2.3) gozó de muy mala reputación; vid., 1983, p. 787). Vid en sentido parecido Freeman, 1992, p. 29.

Otra de las invocaciones canónicas al originalismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema, es la opinión disidente formulada por el juez Sutherland en el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 US 398, 453 (1934). Para un amplio repertorio y comentario de decisiones de la Corte de carácter originalista o en las que se manejaron tal tipo de argumentos vid. Lewy, 1988, pp. 300-327 y la serie clásica de artículos de Jacobus tenBroek, "Admissibility and Use by the United States Supreme Court of Extrinsic Aids in Constitutional Construction", en los números 3 (March 1938), 4 (May 1938) y 6 (September 1938) del Vol. 26 de la *California Law Review*, pp. 287-308, 437-454 y 664-681 respectivamente. Al decir de Lewy, desde la publicación (1840) de las notas tomadas por Madison durante la convención constitucional de Filadelfia, la Corte Suprema ha andado a la búsqueda del 'yeti huidizo' (*elusive yeti*) que constituye la intención original; vid., 1988, p. 291. En la jurisprudencia constitucional española pueden mencionarse, de acuerdo con los estudios de Ezquiaga (vid., 1987, pp. 204-207) y Alonso García (vid., 1984, pp. 148-149): la STC 2/81 de 30 de enero (en la que refiriéndose al principio *non bis in idem*, se lee en su Fundamento Jurídico 4 que "[s]i bien no se encuentra expresamente recogido en los arts. 14 a 30 de la Constitución... no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción... va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución"), la STC 5/81 de 13 de febrero (mencionando la libertad de cátedra, en el FJ 9º se afirma: "[r]esulta evidente a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esa libertad a todos los docentes..."), la STC 11/81 de 8 de abril (FJ 22º: "De la amplia discusión de ambos preceptos, en el momento de elaborarse el texto constitucional, se extrae la indudable consecuencia de que el constituyente quiso separar el derecho de huelga del resto de las posibles medidas de conflicto"), así como las sentencias 27/81 de 20 de julio de 1981 (FJ 2º) y 72/84 de 14 de junio de 1984 (FJ 3º).

conclusion de que el discurso jurídico en los Estados Unidos de finales del XVIII habría desconocido la distinción entre significado del texto e intención del que lo elabora²⁰²). ¿Quiere ello decir que el originalismo es una invención moderna? La cuestión es sumamente controvertida y su respuesta depende de la previa aclaración conceptual de nociones tales como originalismo e intención original. Desde luego parece difícil asegurar sin matices un consenso teórico entre los juristas de aquel período tan exigente como el que parece demandar Jefferson Powell para así defender su propia tesis. Pero esa misma unanimidad que el sí afirma en sentido contrario (la ausencia de apelaciones a las intenciones del promulgador de la norma en la retórica jurídica del período constituyente) es claramente rechazable a la luz de algunos datos.

Existen evidencias históricas innegables de los momentos anteriores y posteriores a la ratificación de la Constitución, que muestran la relevancia dada a las pretensiones que tuvieron los *framers*, o el pueblo en general a través de sus representantes, a los efectos de aplicar la norma fundamental. Así en el estudio previamente mencionado de Treanor sobre el caso *Commonwealth v. Caton* de 1782 se pone de manifiesto como, por parte de algunos jueces, se hicieron invocaciones a la 'intención original subjetiva' de los redactores de la Constitución estatal de 1776²⁰³.

²⁰² Vid., 1985, pp. 930-931, y apoyando esta tesis: Willam N. Eskridge, 1987, p. 1502; Stephen B. Presser, 1989, pp. 107-108 y Stephen Macedo, 1987, pp. 17-19.

²⁰³ 1994, pp. 496, 540-549 y *supra* nota 175.

De otro lado, tan pronto fue ratificada la Constitución federal, comenzaron a surgir dudas sobre el alcance de las competencias de la federación, sobre los límites del poder ejecutivo, del Congreso, en definitiva, sobre multitud de aspectos del sistema de gobierno recién creado²⁰⁴. Y en el curso de dichas diatribas no fueron infrecuentes los intentos de determinar los propósitos de los que propusieron la Constitución en Filadelfia como forma de alcanzar respuestas más seguras. Así, el propio Madison, posiblemente el *framer* más relevante, fue inquirido en el Congreso para que aportara luz sobre las pretensiones que habrían tenido él y los demás constituyentes en relación con el poder del gobierno federal para concluir obligaciones internacionales. No se trataba, afirmó Madison en su respuesta, de buscar en las intenciones de los que propusieron la Constitución una guía para la interpretación del texto. Los propósitos relevantes eran en cambio los de los que la ratificaron; en sus propias palabras:

*Independientemente de la veneración que pueda ser profesada al conjunto de hombres que redactaron nuestra Constitución, su juicio no puede nunca ser considerado como la guía oracular en la interpretación de la Constitución. Tal y como fue gestado por ellos, no era mas que un borrador o plan, nada sino letra muerta, hasta que le fue insuflado vida y validez por la voz del pueblo, a través de las distintas Convenciones Estatales. Si tuviéramos que mirar, por tanto, más allá del instrumento para encontrar su significado, debemos buscar no en la Convención General que lo propuso, sino en las Convenciones Estatales, que aceptaron y ratificaron la Constitución*²⁰⁵

²⁰⁴En puridad, una vez fue propuesta y antes de ser ratificada por las convenciones estatales. No otra cosa es sino una primera interpretación de la misma el conjunto de escritos en favor de su adopción que conforman *El Federalista*.

²⁰⁵Discurso ante la Cámara de Representantes (6 de abril de 1796), en *Records of the Federal Convention*, Max Farrand (ed), New Haven, 1937 (reimp., 1966), 4 Vols., Vol. III, p. 374, citado en Jack N. Rakove, 1996, pp. 17-18 (sobre el contexto del debate, vid., pp. 342-362). Esta evidencia, como señala Wolfe, desmiente con bastante rotundidad la tesis de Jefferson Powell; vid., 1996, pp. 62-64.

Esta misma apelación fue hecha por el propio Jefferson, quien poco tiempo después de ser proclamado presidente escribía que la Constitución habría de ser interpretada de acuerdo "al significado contemplado por el entendimiento claro del pueblo de los Estados Unidos en el momento de su adopción-un significado que ha de encontrarse en las explicaciones aportadas por aquellos que la promovieron, no por los que se opusieron a ella..."²⁰⁶.

Y es que parece indiscutible que no ha sido sino hasta recientemente que la propia noción de interpretación deja de ser considerada como la búsqueda de la intención comunicativa del emisor, en nuestro caso, de la voluntad del constituyente. Cuestión distinta es cuáles sean los medios a los que legítimamente cabe recurrir para determinarla. En ese sentido es cierto que, como afirma Jefferson Powell, a finales del XVIII se asume en general, pero no unánimemente (véase la cita anterior del presidente Jefferson en la que se refiere a las 'explicaciones') que la principal fuente para localizar dicha intención es el texto mismo²⁰⁷. Tal es, por ejemplo, la opinión del juez Marshall en *Gibbons v. Ogden*: "Puesto que los hombres cuyas intenciones no requieren ser escondidas, generalmente emplean aquellas palabras que de forma más apta y directa expresan las ideas que pretenden transmitir, debemos entender que nuestros ilustrados patriotas que esbozaron la Constitución, y el pueblo que la adoptó, emplearon las palabras en su sentido natural, y **pretendieron lo que han**

²⁰⁶ Carta de 27 de marzo de 1801 en *The Writings of Thomas Jefferson*, Albert Ellery Bergh (ed), Washington D.C., Jefferson Memorial Association, 1907, Vol. X, p. 248, citado en Lewy, 1988, p. 108.

²⁰⁷ Jefferson Powell, 1985, pp. 895-897. Vid., igualmente Jacobus tenBroek, 1938, pp. 288-291.

dicho²⁰⁸. Este vínculo entre significado e intención fue asimismo afirmado por John Austin:

*El primer indicio de la intención con que una ley fue hecha, o la primera guía para la interpretación de una norma, es el sentido literal y gramatical de las palabras en que está expresada. Es verdad que si el significado literal es indeterminado o ambiguo, el intérprete puede buscar con otros indicios la intención del legislador; por ejemplo, en la razón de la ley tal y como se indica en la ley misma; en la razón de la ley tal y como se indica por sus historia- el error a ser remediado; o en las normas claras hechas sobre la misma materia por el mismo legislador*²⁰⁹

En ambos casos no se hace sino recoger ideas centrales de lo que podríamos llamar la hermenéutica o metodología tradicional anglosajona representada por William Blackstone²¹⁰. En sus *Commentaries on the Laws of England*, se señala, sin embargo, que la forma más racional y equitativa de constatar la voluntad del emisor de la norma no es solamente a través la interpretación del texto mismo sino

²⁰⁸ *Gibbons v. Ogden* (1824) 22 US (9 Wheat, citado en tenBroek, ibid, p. 297, n. 46, énfasis mío). Para un análisis de la teoría de la interpretación del juez Marshall, vid. Christopher Wolfe, 1994, pp. 41-50 y 1996, pp. 4-7.

²⁰⁹ John Austin, 1875, Lecture XXXVII, Vol. II, p.94. Así, Austin distinguió entre dos formas de interpretación que denominó respectivamente, genuina (*genuine*) y espúrea (*spurious*); esta última una forma disfrazada, según él, de legislación judicial. Tal cosa ocurriría cuando provisiones de una ley defectuosas pero claras en su formulación, son extendidas a casos no previstos por dichas cláusulas. La extensión genuina, se daría en cambio cuando lo que guía al juez es la razón de la norma que, como se expresó anteriormente, resulta del propio lenguaje empleado; "*In the former case-se refiere a la interpretación espúrea-the reason or principle of the statute is itself erected into a law, and is applied to a species or case which the lawgiver has manifestly overlooked*" (John Austin, ibid., Lecture XXXIII, Vol. II, p. 62). En la lectura de Austin hecha por Roscoe Pound, el objeto de la interpretación genuina es **descubrir**, mientras que el de la espúrea sería **rehacer**; vid., 1907, pp. 380-382. Un planteamiento como el austiniano fue recogido en uno de los textos de derecho constitucional clásicos y con los que se han formado generaciones de juristas en Estados Unidos (el manual de Thomas M. Cooley). Se empieza afirmando que una regla fundamental (*cardinal rule*) cuando se manejan documentos escritos como la Constitución es la uniformidad en la interpretación, lo cual implica que su significado debe mantenerse inalterado pues de otra forma los beneficios esperados de haber puesto por escrito un conjunto de normas se frustrarían. De otra parte, se arguye que el objeto de la interpretación con respecto a la Constitución escrita es la implementación de la intención de los adoptantes, asegurándose que la mejor forma de descubrirla es analizar el documento mismo; vid., Thomas M. Cooley, 1972, pp. 54-55.

²¹⁰ Sobre la influencia decisiva que Blackstone habría tenido en la conformación del pensamiento jurídico norteamericano en el período colonial pre-revolucionario, vid., Wolfe, 1994, p. 18; 1996, pp. 4-12 y Clinton, 1989, pp. 18-19.

en general, "Immediante la exploración de sus intenciones en el momento de elaborarse la ley, a través de los signos más naturales y probables"²¹¹. Y estos signos son: las palabras, el contexto, la materia objeto de la regulación, los efectos y consecuencias pretendidos y, por último, el espíritu y razón de aquella.

No es esta una enumeración de la que deba extraerse un criterio de prioridad lexicográfica, al decir de Blackstone. Es cierto que las palabras, entendidas en su sentido habitual o popular (o bien en su sentido técnico si no son términos comunes) constituyen la primera guía para el intérprete y que en caso de dudas, por su carácter vago, el resto de indicios auxilian en la tarea descifradora pero, afirma Blackstone, el medio más universal y efectivo de descubrir su significado, "lels mediante la consideración de la razón y espíritu de ella; o la causa que llevó al legislador a promulgarla"²¹².

Con la preponderancia blackstoniana dada a la *ratio legis* y a su espíritu, dispondrían los jueces de una credencial doctrinal solvente para poder indagar en la historia legislativa acabando así con la que ha sido regla ancestral de interpretación en la tradición británica en el ámbito del derecho legislado (*statutory law*) prohibitiva, precisamente, de la investigación sobre tales antecedentes a la hora de aplicar el derecho²¹³. Es con ambos medios (razón y

²¹¹ 1979, p. 59.

²¹² Ibid., p. 61.

²¹³ Denominada como regla de oro (*golden rule*) de la interpretación, si bien su aplicación ha encontrado excepciones (vid. Zenon Bankowski y D. Neil MacCormick, 1991, esp. pp. 380-382). La polémica sobre su seguimiento en Estados Unidos es ciertamente intensa, y nos devuelve a la controversia anteriormente apuntada sobre la tradición y raíces históricas del originalismo; vid., Aleinikoff,

espíritu) con los que se asienta para Blackstone la posibilidad (deseable) de la aplicación del derecho con *equidad*; de la corrección de lo que en la ley al juez le parece deficiente. Asumiendo, indica Blackstone, que el legislador no ha podido anticipar (y contemplar por tanto en la norma) todos los casos particulares, "Idlebe haber en algún sitio un poder con la capacidad de exceptuar aquellas circunstancias que **(de haber sido previstas) el mismo legislador habría exceptuado**"²¹⁴. Y esa regla de aplicación del derecho con equidad ha de conservar su caracter inespecífico. De otra forma, afirma, se anularía su esencia, quedando entonces reducida a derecho positivo. Si bien así existe el peligro que el propio Blackstone reconoce de que, sin restricciones precisas en la libertad de decidir a

1988, p. 24. Así por ejemplo en la sentencia *United States v. Goldenberg*, 168 US 95, 102-103 (1897) se señala: "La primera y general regla en la interpretación del derecho legislado es que la pretensión del legislador ha de encontrarse en el lenguaje usado". En el trabajo clásico de Holmes sobre la materia se afirma en términos parecidos: "No inquirimos sobre lo que el legislador quiso decir, sino que sólo nos preguntamos por lo que la ley significa"; vid., Oliver Wendell Holmes, 1899, p. 419. Frank H. Easterbrook, basándose en fuentes como estas, ha resaltado por ello más recientemente: "El principio de que la palabra escrita es sólo evidencia del derecho, y no el derecho, mismo es nuevo. Ha irrumpido en el discurso jurídico norteamericano inadvertidamente"; vid., 1988, p. 61. Su querella, con todo, no es nueva pues ya en 1930 Max Radin concluyó a partir de la sentencia arriba indicada (*United States v. Goldenberg*) que resultaba preferible abandonar definitivamente referencia a intención alguna del legislador, y que en Estados Unidos habría de aplicarse por ello, con mayor rotundidad, la regla de oro interpretativa consolidada en el derecho inglés; vid., 1929-1930, pp. 872-873. En contra de tesis semejante, el constitucionalista Felix Frankfurter quien objeta precisamente a los jueces ingleses la total desconsideración de la historia legislativa en sus decisiones; vid., 1947, pp. 540-542. También Posner se ha manifestado en contra de la *golden rule* aunque admitiendo las dificultades que acompañan la identificación del propósito legislativo; vid., 1988, pp. 808, 810, 818-820. Vease también Robert S. Summers, describiendo como el historial legislativo es uno de los criterios de interpretación de los *statutes* pero siempre subordinado a la interpretación según el sentido ordinario o técnico de los términos (1991, pp. 424-425, 435-440). En los últimos años, la Corte Suprema ha acogido con particular entusiasmo esta aproximación ya bautizada como *new textualism* y que tiene en el juez Scalia a uno de sus más ardientes defensores; vid., 1997, p. 23.

²¹⁴Blackstone, 1979, p. 61 (énfasis mío). Refiriéndose a Estados Unidos, indica Gordon S. Wood, que el origen de la actitud en favor del razonamiento judicial basado en la equidad, el ejercicio y progresiva aceptación de la discrecionalidad de los aplicadores del derecho se debe a la sobreabundancia de fuentes en el período colonial (*common law*, leyes o *statutes* del parlamento inglés, derecho local, etc.). Los intentos de una cierta racionalización y codificación que pretendían acabar con esa discrecionalidad judicial fracasaron. En el período colonial justamente anterior a la independencia, la legislación emanada del poder democráticamente elegido es percibida como una forma de frenar los excesos judiciales, pero una vez se comprueba y difunde el riesgo 'faccional-tiránico' de las legislaturas estatales, el judicial vuelve a recuperar su prestigio de forma notable a partir de la década de 1780; vid., 1988, pp. 1300-1304.

partir de consideraciones de equidad, la propia idea de derecho se difumine²¹⁵. En aras al bien público, acaba sentenciando, ha de preferirse el derecho sin equidad que a la inversa. De seguirse esta segunda opción (la equidad sin derecho), apunta, habríamos convertido a los jueces en legisladores a la vez que aumentado la confusión ya que tendríamos "tantas diferentes reglas de conducta establecidas en nuestros tribunales, como diferencias hay de capacidad y sentimiento en la mente humana"²¹⁶.

Tenemos así presentes en esta breve pero ilustrativa referencia a uno de los más significativos gérmenes de lo que he denominado hermenéutica tradicional anglosajona, todos los elementos que habrán de ocuparme en este trabajo y sobre los que iré volviendo con más detalle en el transcurso del mismo.

²¹⁵Blackstone, 1979, pp. 61-62.

²¹⁶Ibid, p. 62. En la interpretación de Clinton, la única justificación apropiada para que un tribunal declare una ley nula, según el esquema blackstoniano, es que sea imposible aplicarla sin contradicción o bien porque se trate de leyes absurdas, repugnantes o imposibles de ser realizadas; vid., 1989, p. 22.

2.2 La revitalización del originalismo. Trasfondo y consecuencias políticas

Una de las razones más comúnmente aducidas en favor de la metodología interpretativa originalista o intencionalista es que se trata de la única compatible con la idea de una Constitución vinculante²¹⁷; con el mantenimiento, en definitiva, del *rule of law and not of men*, pues elimina o restringe al máximo como ningún otro la posibilidad de que los jueces constitucionales actúen discrecionalmente²¹⁸ (es decir, siguiendo con Blackstone, en atención a consideraciones de equidad).

No es extraño por ello que el originalismo se revitalizara con particular fuerza en Estados Unidos a partir de mediada la década de los 50 como reacción frente al activismo desplegado por la Corte presidida por el juez Warren²¹⁹. La Corte Suprema se mostró, durante aquellos años, particularmente reacia al uso del

²¹⁷ Así por ejemplo, afirma el originalista Kay, que "[l]a interpretación de la Constitución de forma consistente con las intenciones de sus editores es inseparable de la determinación de tratar la Constitución como derecho"; vid., 1989, p. 45 y 1996, pp. 335-337, 341.

²¹⁸ Y el único, según señala Scalia, que haría consistente el compromiso con el gobierno democrático y la institución de la justicia constitucional así como el respeto al precedente; vid., 1989, pp. 854, 861-862. De igual forma Kay considera que la norma convencional (se entiende razón de ser) de la justicia constitucional se vincula a la opción por la interpretación que prima la intención del constituyente; de otra forma no hay posibilidad de afirmar la vinculatoriedad del texto fundamental; vid., 1989, p. 45 (y supra nota); 1988, pp. 228-231 y en la misma línea, Monaghan, 1981, pp. 375-376 y John J. Gibbons, 1991, p. 615.

²¹⁹ Vid., supra notas 145-149. Hubo un tiempo, señala Robert H. Bork, en el que el conflicto entre la democracia y el control judicial de constitucionalidad no se planteaba porque existía un consenso, al menos en el plano de la teoría, según el cual las respectivas esferas de poder decisor mayoritario y ámbitos de libertad o derechos de los individuos quedaban trazados por referencia a la intención original de los constituyentes. La era *Lochner*, y el reflujo activista de la Corte Warren, alimentado tanto por las filosofías no interpretativistas (que aceptan las invitaciones a la Dworkin en pro de la fusión del derecho constitucional y la filosofía moral), como por la percepción general de que el texto constitucional ha de evolucionar al ritmo marcado por el cambio social, han vuelto a poner en primer el dilema madisoniano (vid., supra introducción). La reconciliación entre el control judicial de constitucionalidad y la democracia se producirá si se recupera la actitud de reverencia a las pretensiones de los constituyentes; vid., 1986, pp. 1061-1064, e igualmente, 1971, p. 1. Es por todo ello que Scalia ha afirmado que el originalismo constituye el 'mal menor'; vid., 1989, pp. 854, 862.

originalismo como muestra el siguiente fragmento de la sentencia *Brown v. Board of Education* redactada por el propio Warren:

*Al abordar este problema, no podemos poner el reloj en 1868 cuando la enmienda fue adoptada o incluso en 1896 cuando Plessy v. Ferguson fue escrita. Debemos considerar la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y su presente lugar en la vida americana a lo largo de la nación. Sólo de esta forma puede ser determinado si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de la igual protección de las leyes*²²⁰.

El originalismo se constituyó así en el instrumento más esperanzador de control de una Corte que, para los sectores más conservadores y reaccionarios de la sociedad norteamericana, llevaba mucho tiempo excediéndose en sus atribuciones²²¹. Tanto el presidente Richard Nixon como más tarde Ronald Reagan situaron en su agenda política como una de las cuestiones prioritarias su 'despolitización'²²². La administración de este último presidente emprendió una clara campaña en favor de la jurisprudencia basada en el originalismo o 'interpretativismo' (*interpretivism*) como doctrinas constitucionales que en lo

²²⁰ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 493, 494 (1954). Alexander Bickel criticó abiertamente en su momento estas conclusiones, pues entendía que los documentos históricos sí proporcionaban datos definitivos con respecto a lo que los constituyentes pensaban sobre la segregación; vid., 1955, p. 63. Su trabajo es uno de los que podemos considerar premonitorios en el resurgimiento del originalismo.

²²¹ El cénit se alcanza en 1973 con la sentencia *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973) en la que se declaró inconstitucional por ser contraria a la decimocuarta enmienda la ley del Estado de Texas que penalizaba la interrupción voluntaria del embarazo en todos los supuestos excepto en caso de peligro para la vida de la madre.

²²² Como ya mencioné en la nota 141 el conocido como *Court packing plan*, es posiblemente el antecedente más relevante del intento por parte de la presidencia de lograr un mayor control de la Corte Suprema. En relación a esos dos periodos (era Lochner y Warren) en los que el alto tribunal se muestra particularmente 'activo', Horwitz percibe una diferencia en lo que hace a la legitimidad lograda por la Corte Suprema. En el primer supuesto la Corte habría obtenido finalmente un respaldo por parte de la opinión pública mayor que en el segundo caso. La resistencia en este se cifraría, según Horwitz, no tanto con respecto al contenido de las decisiones, muchas de ellas muy aclamadas por favorecedoras de los derechos individuales y la integración racial, sino en relación a la metodología empleada. La revolución conservadora de los ochenta no habría sino aprovechado ese terreno abonado para intentar cambiar el rumbo de la Corte Suprema; vid., Horwitz, op. cit., pp. 662-663 e infra, capítulo 4.2.

sucesivo deberían abrazar los jueces de la Corte para de esta forma lograr su autorestricción (*self-restraint*)²²³. Así se desprende de los escritos del entonces fiscal general del Estado-*attorney general*-Edwin Meese III²²⁴ y del informe preparado por la Oficina de estudios sobre política legislativa del Departamento de Justicia a instancias de aquel²²⁵. Incluso el entonces vicepresidente Bush en una brevísima nota en la que reflexiona sobre cuáles habrían de ser los mecanismos de control por parte de los jueces sobre las decisiones en materia de política internacional, recurre en repetidas ocasiones a la pregunta sobre qué habrían querido o pensado los *framers* al respecto²²⁶.

La oportunidad llegó en el año 1987 con la retirada del juez Powell. La candidatura de Robert H. Bork para sustituirle (finalmente frustrada en la Comisión Judicial del Senado) promovida por Reagan, acabó por confirmar la sospecha de que la revolución neoconservadora de los 80 en Estados Unidos no iba a dejar incólume la institución que, quizá, más trabas podría poner a aquella²²⁷. Esa es la

²²³ Vid., Macedo, 1987, p. 7.

²²⁴ 1985, pp. 22-29.

²²⁵ *Wrong Turns on the Road to Judicial Activism: The Ninth Amendment and Privileges or Immunities Clause*, U. S. Department of Justice, Office of Legal Policy, September 25, 1987. Sobre este favorecimiento del originalismo por parte de la administración Reagan puede verse: Maltz, 1987 b), pp. 3, 77 y Howard Ball, 1986-87, esp. pp. 886-890.

²²⁶ "The Interaction of the Legislative, Judicial, and Executive Branches in the Making of Foreign Policy", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 11, N° 1, winter 1988, pp. 1-3. Michael J. Perry ha destacado además como Bush, en el momento de anunciar la nominación de David Souter como juez de la Corte Suprema, defendió la candidatura por ser uno de los jueces que con mayor vigor asumían la separación estricta entre las tareas interpretativa y legislativa y el carácter necesariamente apolítico que debía perseguir la Corte en el ejercicio de sus funciones; vid., 1994, p. 6.

²²⁷ Tampoco consiguió Reagan la autorización del Senado para nombrar a Lino A. Graglia y Bernard H. Siegan (ambos conservadores y el primero declaradamente partidario del originalismo) como jueces federales de apelación. Si lo logró en los casos de Richard Posner, Alex Kozinsky y Antonin Scalia (este último para la Corte Suprema); vid., Schwartz, 1990, p. 222.

causa fundamental que explica el intensísimo debate que el intento de nominación de Bork produjo y la reverberación del mismo, como nunca antes había acontecido, más allá de las fronteras académicas y del mundo judicial. Dentro de ellas se ponían sobre el tapete las claves de todo el edificio político norteamericano; no sólo las presuntas credenciales democráticas del originalismo y el papel de la Corte Suprema, sino también el carácter de la Constitución y de los derechos fundamentales, el sistema de división de poderes, las relaciones entre el derecho y la moral etc. reflexiones todas ellas teñidas además, como es sólito en aquella sociedad, de frecuentes apelaciones al carácter mítico, pseudoreligioso del momento fundacional²²⁸. Así, según Horwitz, el intento de nominación de Bork, "representó un momento crítico en la historia constitucional norteamericana...En la era de los medios de comunicación, las comparecencias de Bork constituyeron la más seria consideración sobre el futuro constitucional que nunca hayamos tenido en América. Involucraron a un gran número de ciudadanos y atrajeron más gente a la discusión seria sobre los valores constitucionales que cualquier otro asunto constitucional desde el *Court-packing plan* de Roosevelt. En cierto sentido, fue algo no menor que un referéndum constitucional"²²⁹.

²²⁸ Véanse, por ejemplo, las reflexiones que sobre la Constitución vierte el ultraconservador y originalista juez de la Corte Suprema Hugo Black (uno de los más firmes opositores al activismo de la Corte Warren) en su libro (de título bien ilustrativo) *A Constitutional Faith*: "La Constitución es mi Biblia jurídica; su plan para nuestro gobierno es mi plan y su destino mi destino. Adoro cada una de sus palabras, de la primera a la última, y personalmente deploro incluso la más mínima desviación de sus mandatos menos importantes. He disfrutado ampliamente mi pequeño papel en tratar de preservar nuestra Constitución con el más vigoroso deseo de que pueda haber cumplido la esperanza más devota de sus creadores, que fue mantener esta nación fuerte y grande a lo largo de incontables generaciones" (p. 66).

²²⁹ Horwitz, 1989, p. 655. También Dworkin, uno de los más virulentos opositores a la candidatura de Bork, equiparó el seguimiento que generó la retransmisión de los debates en el *Judiciary Committee* del Senado con un "extenso seminario sobre la Constitución en el año de su bicentenario"; vid., 1987, p. 38 e igualmente John J. Gibbons, 1991, p. 613.

El rechazo a la candidatura, tanto en la opinión pública, como en el mundo de las facultades de derecho, fue muy notable. En el propio informe que elaboró la comisión judicial del Senado encargada de aprobar la nominación, se da cuenta del hecho sin precedentes en la historia de dichos procesos de la recepción de más de 2.000 cartas de miembros de la academia mostrando su oposición²³⁰. La controversia sobre la idoneidad de Robert H. Bork y su visión de la justicia constitucional supuso en todo caso el crecimiento en manera exponencial de los estudios sobre las credenciales teóricas del originalismo, de los que aquí se podrá dar cuenta sólo de forma limitada.

Bork no era precisamente un acendrado defensor de los derechos constitucionales ni partidario de que los jueces asumieran el papel de garante de los mismos, al menos en la forma en que tal desempeño se había producido en los años de Warren. Así tuvo oportunidad de demostrarlo durante su paso por la Corte Federal de Apelaciones²³¹. En 1984, por ejemplo, redactó la controvertida decisión

²³⁰ *Senate Executive Reports*, No 7. 100th Congress, 1st Session, 1987 Serial Number 13777, p. 6 (en adelante *Senate Reports*). Entre los constitucionalistas más destacados, Laurence Tribe y Ronald Dworkin que entendió que con dicho rechazo social podía afirmarse que la intención original como standard de las legítimas decisiones de la Corte Suprema probablemente había muerto; vid., 1987, p. 40. Sobre las vicisitudes de la polémica y una parte muy importante de la documentación manejada por el comité del senado, vid. especialmente el número de la *Cardozo Law Review* "The Bork Nomination", Vol. 9, N°1, October 1987, pp. 1-530 y el symposium reproducido en la *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, N°s. 3-4, spring 1990/summer 1990, pp. 832-1046. Asimismo, Philipp Bobbitt, 1991, pp. 83-108; Horwitz, op. cit; Beltrán de Felipe, 1989, especialmente pp. 24-45 y la interpretación que el propio Bork da en el libro que publicó tras rechazarse su nominación y que constituye una de las 'Biblias' del originalismo: *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, 1990. Aparte de exponer su ideario constitucional, narra la campaña 'liberal' que, según su versión, fue orquestada en su contra.

²³¹ Anteriormente, entre otros cargos, ejerció como profesor de derecho constitucional en la Universidad de Yale. Para un detallado y documentado historial de la oposición de Robert Bork a las decisiones de la Corte en materia de protección y ampliación de derechos civiles y políticos, vid. *Senate Reports*, pp. 30-57 así como la amplísima bio-bibliografía incluida en el número de la *Cardozo Law Review*, "The Bork nomination..." op. cit, vid. supra nota anterior.

de *Dronenburg v. Zech*²³², en la que de forma muy ilustrativa se expresa el ideario antiactivista favorecido por la administración Reagan.

James L. Dronenburg era miembro de la Armada y fue expulsado del cuerpo por su orientación homosexual. Reclamó entonces ante los tribunales que se declarara la inconstitucionalidad de su apartamiento basándose en el derecho constitucional a la privacidad (*right to privacy*). Para denegar la petición de Dronenburg, la Corte de Apelaciones hizo una lectura sumamente restrictiva del alcance de ese derecho fundamental que ya había sido afirmado por la Corte Suprema en *Griswold v. Connecticut* (vid. supra nota 149). En la sentencia se indica literalmente: "Ciertamente, la Corte Suprema nunca ha definido el derecho de forma tan extensa como para que quedara comprendida la conducta homosexual...La opinión de *Griswold* puso énfasis en la santidad del matrimonio. No indicó que otras actividades podrían ser protegidas por el nuevo derecho a la privacidad y no proveyó guía alguna para razonar sobre futuras pretensiones basadas en dicho derecho"²³³.

Y es que, según opinión del ponente Bork en un lenguaje rayano con el reproche a la actuación de los que apoyaron la decisión de *Griswold* (e interpretando él por su parte de manera muy restringida la 'irradiación' del precedente establecido en aquella-que no alcanzaría a su *ratio*-), cuando la Corte Suprema decide los casos aplicando una provisión constitucional o enmienda

²³²741 F. 2d 1388 (en la sala donde se resolvió la cuestión se sentaba también Antonin Scalia).

²³³741 F.2d 1388, 1391-1392.

específica, explica su alcance y delimita el contorno de un valor ya establecido en el documento, o implícito en su estructura o historia. Pero cuando 'crea' nuevos derechos, prosigue el razonamiento, los tribunales inferiores no tienen ninguna de estas fuentes a su alcance y pueden tan sólo acudir a lo que la Corte ha establecido es el principio involucrado (y éste ha de entenderse de forma muy restrictiva²³⁴). En otro caso, se arguye en la sentencia, los tribunales pierden su legitimidad:

*El poder judicial, incluyendo este tribunal, es de lo más vulnerable y raya la ilegitimidad cuando maneja derecho constitucional de creación judicial con poca o nula base cognoscible en el lenguaje o incluso el diseño de la Constitución. Si es en algún grado dudoso que la Corte Suprema deba libremente crear nuevos derechos constitucionales, entendemos incontrovertible que los tribunales inferiores no deben hacerlo... Si finalmente acontece la revolución en los hábitos sexuales que el apelante proclama, creemos debe llegar **a través de las elecciones morales del pueblo y sus representantes elegidos, no mediante este tribunal actuando como un ukase**²³⁵*

Y, precisamente, frente al argumento de que los tribunales han de actuar como contrapeso de las mayorías cuando se pretende vulnerar derechos

²³⁴741 F. 2d 1388, 1395. En un conocido trabajo publicado años antes y al que ya me he referido con anterioridad, Bork había expuesto sus críticas a la aplicación de 'principios neutrales' por parte de los jueces constitucionales como método de resolución de casos (la doctrina a la que Bork alude es la de Herbert Wechsler en "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. 73, 1959, pp. 1-35). No basta, aduce Bork, con afirmar la neutralidad de los principios aplicados para de esa forma eludir la acusación de activismo. Es en la propia *definición y derivación* de los mismos donde radica la clave. Es decir, que si un juez aparentemente neutral debe demostrar porque el principio X se aplica en los casos A y B pero no en el C (como postula Wechsler), debe al tiempo explicar porque el principio se define como X más que como X-1 (que podemos suponer entonces no cubriría tampoco el caso B) o como X+1 (que abarcaría todos los supuestos). Y debe asimismo justificar porque X (o X+1 o X-1), es un principio apropiado de limitación del poder de la mayoría; vid., 1971, pp. 7-8. Sólo lo será, nos dice Bork, cuando esté explícitamente señalado en el texto constitucional o pueda deducirse de las pretensiones de sus redactores. De no ser así, prosigue, no hay en principio método para preferir la proclamación de ciertos valores frente a otros, que no sea la preferencia de la mayoría; *ibid.*, p. 8. Los sistemas éticos o morales no tienen validez intrínseca u objetiva. Cuando la Constitución no incorpora la elección moral, el juez constitucional no cuenta más que con sus propios valores para invalidar la moral convencional que se ha plasmado en la ley, y esta es por definición, una base inadecuada para asentar la supremacía judicial; *vid.*, *id.*, p. 10 y en la misma línea, 1979, pp. 695-697, y 1984, pp. 4,7, así como William H. Rehnquist, 1976, p. 704.

²³⁵741 F.2d 1388, 1396 (énfasis mío).

fundamentales afirma:

*Esta teoría según la cual la moralidad de la mayoría y la elección mayoritaria es siempre presuntamente inválida a la luz de la Constitución, ataca el principal fundamento del gobierno democrático. Cuando la Constitución no diga lo contrario, las opciones de aquellos investidos de autoridad mediante el proceso electoral o de los responsables ante esas personas, llegan ante nosotros no como sospechosas por mayoritarias, sino concluyentemente válidas por esa misma razón*²³⁶

Bork no llegó a ocupar un sitio en el *Marble Palace*, pero la verdad es que su influencia, el auge de la lectura originalista de la Constitución o en general de lo que Sotirios Barber y Stephen Macedo han etiquetado como el 'constitucionalismo de la nueva derecha' (*New Right Constitutionalism*²³⁷), se hizo sentir en el alto tribunal. Dos años después de que se decidiera *Dronenburg* y por tanto un año antes de la propuesta de Bork por Reagan, la Corte Suprema resolvió la constitucionalidad de una ley del Estado de Georgia que tipifica como delito ciertas prácticas sexuales como la sodomía o el sexo oral realizadas privadamente entre adultos aun mediando consentimiento. Entre los grupos homosexuales la expectación ante la decisión de la Corte era muy notable, pues de ella dependía que se desterraran definitivamente de los Códigos Penales de un buen número de Estados un conjunto de tipos decimonónicos de imposible encaje en un Estado

²³⁶ 741 F.2d 1388, 1398.

²³⁷ Vid., Barber 1988, p. 439, n.5; 1993, pp. ix-xi; Macedo 1987, especialmente, pp. 7,40-41. También en esa dirección de englobar a los originalistas a la *Bork* como políticamente conservadores se han manifestado: Robert W. Bennett, 1984, p. 457; Trenor, 1988, p. 1016; Robin West, 1990, p. 673 y Schwartz, 1990, pp. 3, 36-37. Como destaca Bradley, la oposición al originalismo debe mucho a la influencia de los filósofos liberales contemporáneos como Rawls y Dworkin y, por otro lado, han sido los jueces más conservadores de la historia de la Corte Suprema (Taney y Sutherland, vid. supra notas 200 y 201), los que con mayor insistencia han abogado por aquel; vid., 1992, p. 442 y Walter F. Murphy, 1978, p. 1770. En nuestro ámbito, Beltrán de Felipe también participa de la idea de que los liberales son partidarios del activismo y del 'no-interpretativismo' frente los que abogan por la auto-restricción y el 'interpretativismo' que serían más bien conservadores; vid., 1989, pp. 46-47 y en la misma línea Posner, 1988, p. 822.

liberal contemporáneo²³⁸. El juez White, redactor de la opinión mayoritaria que afirmó la conformidad de la norma con la Constitución, previno en contra de que la Corte Suprema declarara la práctica homosexual como un desarrollo de la libertad protegido por el derecho fundamental a la privacidad porque, entre otras razones, en tal caso aquella no estaría sino suplantando al legislador. Sin mencionar

²³⁸ El caso había llegado hasta la Corte de manera accidental. Hardwick había sido sorprendido por la policía junto con su pareja en una entrada y registro en busca de drogas en su domicilio. Aunque en primera instancia fue detenido por la razón de su 'yacimiento' con una persona del mismo sexo, el fiscal finalmente no presentó ninguna acusación formal y salió en libertad sin cargos. Pese a todo, la oportunidad era inmejorable para que el alto tribunal pudiera pronunciarse al respecto, y Hardwick continuó el proceso hasta llegar a la Corte Suprema. Todavía hoy, veinticinco Estados consideraban la sodomía (consentida entre adultos) como un delito (en el caso de Georgia con una pena que va de uno a veinte años de reclusión; vid., Ga. Cod. Ann. s 16-6-2). Illinois fue el primer Estado en acabar con la tipificación de las prácticas homosexuales (1961), y desde 1971 (Connecticut) hasta 1993, lo han hecho otros 24 Estados, bien por iniciativa legislativa, bien por decisión de sus tribunales (si bien hay que aludir a que en algunas ocasiones lo que se ha hecho es especificar el delito para permitir la práctica del sexo oral o la sodomía en parejas heterosexuales, y mantener el castigo para la actividad desarrollada por adultos del mismo sexo). Vid., *Lesbians, Gay Men and the Law*, William B. Rubenstein (ed), New York, The New Press, 1993, pp. 80, 87-93, 152-154 y Arthur A. Murphy y John P. Ellington, 1993, pp. 693 y ss. La batalla contra la homosexualidad abanderada por los movimientos religiosos más conservadores y reaccionarios en coalición con las huestes más extremistas del partido republicano, se ha trasladado, en los últimos años, del terreno de la tipificación penal al de la proscripción de cualquier consideración, como minoría protegible, al colectivo homosexual (como lo son desde hace años las minorías hispana y negra) por parte del poder público. El medio perseguido para ello ha sido la enmienda constitucional (en el ámbito estatal), mediante la iniciativa, y posterior referéndum, popular. Coincidiendo con la elección presidencial, el 3 de noviembre de 1992, los ciudadanos del Estado de Oregon rechazaron por escaso margen la 'medida número 9' (*Measure N°9*) de enmienda de la Constitución encaminada en el mencionado sentido (no reconocimiento de cuotas, acción afirmativa o estatuto de minoría a los homosexuales, pedófilos, masoquistas y sádicos, así como el mandato a los poderes públicos, en particular a las autoridades educativas, para concienciar a la juventud del carácter, "[a]normal, erróneo, no natural y perverso" de dichos comportamientos; vid., Murphy y Ellington, 1993, appendix B). En esa misma fecha, en cambio, una mayoría de ciudadanos del Estado de Colorado apoyaron una reforma parecida de su Constitución (enmienda al artículo 2). Recientemente, y tras una procelosa batalla a lo largo de las distintas instancias judiciales, la Corte Suprema federal la ha declarado inconstitucional; vid., *Evans v. Romer*, 116 US 1620 (1996). La opinión mayoritaria del tribunal ha entendido que vulnera la igual protección de la enmienda catorce, pues establece una diferenciación de trato que no guarda una relación racional ni razonable con fin legítimo alguno perseguible por el Estado. Singularizar la condición homosexual para bloquear constitucionalmente la implementación de medidas legislativas antidiscriminatorias en pro de ese colectivo, se apoya en el puro prejuicio hostil, actitud que la Constitución, en opinión de la mayoría, prohíbe; vid., 116 US 1620, 1625-1626, 1628-1629. Para Scalia en cambio, en un tenor que ya nos ha de resultar familiar, la medida adoptada por la mayoría de los ciudadanos de Colorado no es la manifestación de deseo de dañar alguno, sino el "modesto intento" de preservar con el instrumento de la ley los mores sexuales tradicionales frente a los esfuerzos de una minoría políticamente poderosa; vid., 116 US 1620, 1629 (opinión disidente del juez Antonin Scalia a la que se adhieren Rehnquist y Thomas). Puesto que la Constitución 'nada dice' al respecto, la Corte no tiene competencia alguna para sobreponerse a la decisión adoptada democráticamente por una mayoría; ibid., 1629. En ese sentido, indica Scalia, la prevención frente al deterioro de la moralidad sexual es un fin absolutamente legítimo para el que la medida es un medio adecuado. En definitiva, la anulación de la enmienda por parte de la Corte no es la expresión de la razón jurídica sino de la voluntad política; id., 1637.

en ningún momento la sentencia de Bork en *Dronenburg* utiliza de manera literalmente idéntica su admonición en contra de la creación judicial de derechos fundamentales y en favor del respeto a los estándares de moralidad de cada comunidad²³⁹.

No ha de resultar sorprendente, por todo ello, la conexión, anteriormente indicada, que no pocos autores han establecido entre el originalismo y el conservadurismo político²⁴⁰. En las referencias previamente extractadas de *Bowers v. Hardwick* y *Dronenburg v. Zech* se apuntan ya los que cabría considerar rasgos básicos distintivos de las asunciones filosófico-jurídicas y metaéticas que subyacen a la apuesta por la doctrina originalista de la interpretación constitucional que más adelante habrán de ocuparme: una desconfianza y rechazo extremos de las estrategias liberales de justificación de los derechos fundamentales (muy en la línea del comunitarismo²⁴¹) y, en contraposición, la celebración, más o menos sincera dependiendo de los casos, de la democracia radical o mayoritarismo, *desideratum*

²³⁹ "The Court is most vulnerable and comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or cognizable roots in the language or design of the Constitution", *Bowers v. Hardwick* 478 US 186, 194 (1986). La decisión de *Bowers* ha sido calificada, claro, por el originalista Berger como un elogiado cambio de rumbo en la tendencia activista de la Corte Suprema; vid., 1986 b), p. 13. Edward Meese III afirmó por su parte en 1986, que la administración reaganiana consideró esta sentencia como su mayor victoria en el año judicial de 1985 (citado en Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Ma)-London, Harvard University Press, 1991, p. 56). La decisión marca realmente un hito como en otras épocas lo hicieron *Brown v. Board of Education* y *Roe v. Wade*. Ha generado una literatura ingente y sus repercusiones han animado también el debate filosófico-político. No en vano son muchas y muy cruciales las cuestiones de interés en esa disciplina que están sobre el tapete. Vid., el symposium sobre la sentencia recogido en la *California Law Review*, Vol. 77, N°3, may 1989, pp. 475-594.

²⁴⁰ Vid., supra (Macedo, Barber, nota 237), Waldron, 1995, pp. 332-333, Hamner Hill, 1988, p. 98; Robin West, 1990, pp. 641-642, 662, 673-675. Maltz aduce, en cambio, que no existe tal vinculación o que en todo caso esta tendría carácter contingente, reconociendo al tiempo que son los conservadores los que con mayor vigor se han opuesto al activismo judicial; vid., 1987 b), pp. 791-793 e igualmente, Bradley, 1992, pp. 421-423, 425 y Lewy, 1988, p. 374.

²⁴¹ Vid., en esa dirección, refiriéndose específicamente a Robert H. Bork, JoEllen Lind, 1993, p. 1287.

este asociable a una visión positivista-imperativista del derecho, completamente contraria, según Macedo, Barber y otros autores, a la tradición liberal-constitucional norteamericana²⁴².

²⁴²Macedo, 1987, pp. 25, 39, 87; Barber 1993, especialmente, pp. 2, 19-20, 66, 248, n. 12 y Terry Brennan, 1992, p. 997. Hamner Hill por su parte se ha referido al originalismo como 'interpretativismo positivista'; vid., 1988, pp. 96-97.

2.3 Intenciones semánticas e intenciones de fines

Hasta ahora he manejado indistintamente, junto con los términos 'originalismo'/'no-originalismo', los pares de conceptos opuestos activismo/autorrestricción (*activism/self-restraint*) e 'interpretativismo/no-interpretativismo' (*interpretivism/non-interpretivism*). Desde mediada la década de los 70 estos dos últimos marcaron el cauce de la discusión sobre la interpretación de la norma fundamental y el papel de los jueces de la Corte Suprema²⁴³.

La polémica entre los autores sobre la pertinencia de dicha terminología fue muy intensa desde la publicación del trabajo de Grey²⁴⁴. Así, Berger entiende que la división entre las dos posturas implica una falacia pues, de admitirse la fuerza obligatoria de la Constitución, no cabe más alternativa que ser 'interpretativista', si por esta opción entendemos la de tener en cuenta las normas que integran aquella como premisa mayor del razonamiento jurídico-constitucional y no los valores propios del juez o consideraciones extraconstitucionales de oportunidad política²⁴⁵.

En realidad, el problema sustantivo (entre otros) que subyace en la discusión es, como se verá más adelante, qué se considera ha de ser 'interpretado'. De ahí que, en esa dirección, no deba ser afirmada sin más como relación de

²⁴³La articulación del segundo de ellos (*interpretivism/non-interpretivism*) se debe a Grey, 1975, pp. 703-706.

²⁴⁴Vid. Ely, 1980, pp. 1-2; Simon, 1985b, p. 618; Jefferson Powell, 1987, p. 659, n.1 y Lyons 1988, pp.459-462, 465.

²⁴⁵1986, pp. 2-3. Análogamente, Shapire, 1988, p. 515 n.7.

correspondencia directa la que hace a las nociones de activismo e interpretativismo²⁴⁶. Es decir, que es posible mantener una actitud activista asumiendo la posición 'interpretativista' y a la inversa, pues todo dependerá de qué se entienda incorporado en la Constitución, es decir, qué materiales ha de tomar en consideración el juez que la aplica²⁴⁷ (y también obviamente de lo que creamos sea ser activista o autorestricto). Dicho de otra forma, la pregunta relevante no es tanto si se ha de interpretar o no la Constitución (cosa que por otro lado hoy se admite comúnmente como algo ineludible pues son los significados de las formulaciones normativas y no estas en 'bruto' las que se aplican) o bajo qué condiciones puede afirmarse que se interpreta o se deja de interpretar, sino qué debemos entender que es la Constitución, o en general las normas jurídicas²⁴⁸. Es decir, qué componentes tiene esa premisa mayor, discernimiento este que, como se analizará en 5.5, parece depender en el caso de la norma fundamental, muy especialmente, del compromiso previo con respecto a ciertos principios de justicia

²⁴⁶Esta una de las tesis fundamentales de Ely; vid., 1980, p. 1, n.1 (y en la misma línea Perry, 1994, pp. 9-10, 58-59; Bayón 1985, p. 140 y Simon, 1985 a), p. 622) y la razón de que para él sea ilegítima la acusación de conservadurismo a la primera de las posiciones-*interpretivism*-(ibid, pp. 1-2; vid. supra), como también resulta para Perry (ibid).

²⁴⁷Berger entiende que el interpretativismo es la recomendación a los tribunales para que apliquen los valores incorporados en el texto constitucional tal y como fueron explicados en las distintas convenciones constitucionales, esto es, de acuerdo a su intención original; vid., 1986b), p. 1.

²⁴⁸Moreso, 1996, p. 193; Alexander, 1995, p. 358 y Steven D. Smith, 1989, p. 111. Vid., en el mismo sentido Frederick Schauer, 1991, p. 221. Joseph Raz mantiene por su parte, que la pregunta sobre cómo interpretar el derecho no puede responderse sin hacerlo previamente a la pregunta ¿por qué interpretarlo? Y esta última cuestión es relevante por el peculiar objeto de interpretación que es el derecho. Que la práctica interpretativa sea tan central en relación con el sistema normativo jurídico y no así, por ejemplo, en la moral, se debe, nos dice Raz, a que el derecho cuenta con un sistema de fuentes y al respeto que debemos profesar al derecho legítimo. En definitiva, a que es el producto de autoridades. Veremos más adelante las implicaciones de esta tesis, pero de momento basta señalar que en definitiva Raz también apoyaría la conclusión de que lo verdaderamente esencial en la discusión sobre los modos de interpretación es la caracterización que se hace del material que es interpretado. Como el propio Raz afirma mucho ganamos en la comprensión de la naturaleza del derecho cuando inquirimos el por qué de la trascendencia o relevancia de su interpretación. Vid., 1996a, pp. 349, 351, 359-360.

política²⁴⁹ o, en otras palabras, de consideraciones que por una razón de orden lógico son necesariamente extra-constitucionales.

A tal conclusión parece dirigirnos, por ejemplo, la siguiente afirmación de Michael J. Perry: "La Corte Suprema practica un control interpretativo cuando afirma la constitucionalidad de una determinada opción política mediante la referencia a uno de los juicios de valor en que la Constitución consiste-esto es, por referencia a un juicio de valor incorporado, **aun no necesariamente de forma explícita**, bien en alguna cláusula particular del texto constitucional bien en la estructura genérica de gobierno establecida por la Constitución"²⁵⁰.

La sustitución por los conceptos originalismo/no-originalismo aparece por primera vez en un artículo Paul Brest de 1980²⁵¹ y con ellos (junto con el uso ocasional del término 'intencionalismo') discurrirá la exposición en lo sucesivo.

Lo primero que salta a la vista a los ojos de cualquier lector es la heterogeneidad de posiciones que se agrupan bajo tal rótulo: se habla en general, a veces indistintamente, de significado original de las palabras empleadas en la Constitución y de intención de los constituyentes; pero también de originalismo

²⁴⁹ Vid., Dworkin, 1985, pp. 35-36.

²⁵⁰ 1982, p. 10 (énfasis mio).

²⁵¹ "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review*, Vol. 60, 1980, pp. 204-238. El propio Grey ha acabado renegando de su estipulación para avanzar una nueva que considera ahora más ajustada (la que distingue entre *textualists*, *supplementers* y *rejectionists*; vid., 1984, pp. 1-2 que mantiene en 1988, vid., p. 220), si bien no ha sido del todo abandonada por otros autores; vid el trabajo de William A. Aniskovich donde, efectivamente, se equipara a originalistas e interpretativistas y a la inversa; vid., 1989, p. 1315.

sofisticado²⁵², moderado²⁵³ y estricto o radical²⁵⁴. De ahí que Bassham haya afirmado: "Los originalistas, por así decirlo, concuerdan en un nivel muy general que la pretensión original de la Constitución es vinculante. No se ponen de acuerdo, con todo, sobre la mejor forma de definir dicha pretensión-algunos ponen más énfasis en el significado literal, otros en el significado pretendido, incluso otros en el significado públicamente entendido, y suma y sigue"²⁵⁵.

Cabe pues en esa línea arrancar con la consideración (todavía en este punto muy genérica) de que el originalismo supone la afirmación de que la intención(es)

²⁵² *Sophisticated originalism* en la expresión de Perry; vid., 1988, pp. 126-128 y 1991, pp. 679-682. Asimismo, Solum, 1989, p. 1612. Esta versión cabe ser llamada 'originalismo de principios': la idea de que el juez puede, en ocasiones, aplicar los principios ligados a los aspectos más generales (político-morales) subyacentes a las normas constitucionales. Más adelante retomaremos esta noción al tratar las 'intenciones de fines' o *further intentions*.

²⁵³ El propio Brest consideró esta versión en el artículo de 1980 como la más defendible (si bien a efectos de tener que elegir el 'mal menor', pues él se mostraba claramente partidario del no-originalismo, pp. 205, 223, 238). El originalismo moderado asumirla así, frente al textualismo o intencionalismo estricto, por un lado la textura abierta del lenguaje constitucional y por otro la existencia de intenciones o propósitos del constituyente de alto nivel de abstracción o generalidad (vid. en este sentido Bassham, 1992, p. 30 y Alonso García que lo caracteriza como, "[l]a idea de que el espíritu de los constituyentes quedó plasmado en el texto y, por ello, siempre hay que tenerlo como punto de mira", 1989, p. 144). Couzens Hoy, sin embargo, lo describe como aquella posición que consideraría que las creencias de los constituyentes son condición suficiente pero no necesaria para apoyar una decisión de inconstitucionalidad; es decir que se deja abierta la posibilidad de que sean otras razones distintas a las intenciones de los *framers* las que fundamenten aquella; vid., 1988, p. 485.

²⁵⁴ Brest, 1980, pp. 204-205, 222; Bassham, 1992, p. 30; Alonso García, 1984, pp. 142-144 y Beltrán de Felipe, 1989, pp. 50-51 (que identifica a Raoul Berger, Robert Bork y William Rehnquist como pertenecientes a este grupo). Paul Campos es de los autores que con mayor vehemencia se reconoce como *strong intentionalist*; vid., 1993, pp. 1082, 1090-1091.

²⁵⁵ Bassham, 1992, p. 28. También Maltz para quien el originalismo es "[t]he theory that in constitutional adjudication judges should be bound by the intent of the framers..."; vid., 1987 a), p. 43. Richard S. Kay ha distinguido ultimamente entre cuatro métodos de interpretación de la Constitución que son generalmente admitidos como 'originalistas', según primen, (1) el texto original (la Constitución es, propiamente, el conjunto de reglas cuyo significado sea conforme con el del diccionario en el momento de la interpretación); (2) las intenciones originales (la Constitución como conjunto de reglas que los constituyentes pretendieron establecer en su momento); (3) el entendimiento original (el texto se interpreta propiamente cuando se tienen en cuenta el significado lexicográfico y el contexto en el que fue promulgado), y (4) los valores originales (la Constitución no es meramente un conjunto finito de reglas, sino los valores sustantivos que los constituyentes pretendieron promover con la adopción del texto); vid., 1996, pp. 336-339.

o pretensión(es) original(es) que animó a los constituyentes ha de ser primordialmente tenida en cuenta (es vinculante) a la hora de interpretar la misma para de esta forma mitigar los que se consideran, por parte de los autores que han defendido esta alternativa, como muy serios cargos de ilegitimidad contra la institución de la *judicial review*.

2.3.1 Los tipos de intenciones

Todo aquel que pretenda guiar su interpretación acudiendo a los propósitos del legislador (en general del edictor de la norma), ha de tener presente lo que algunos autores consideran una asunción básica general en la interpretación en todos los contextos de habla. Me refiero al 'principio de caridad' (*principle of charity*)²⁵⁶. Es este un criterio que a su vez responde al más radical de simplicidad, típicamente postulado por los filósofos de la ciencia, y según el cual se ha de preferir entre las posibles teorías rivales explicativas de algún fenómeno, aquella que da cuenta del mayor número de datos con el menor aparato teórico. De acuerdo con Hilary Putnam, el principio de caridad (y como derivación del axioma de simplicidad) establece que debemos asignar a las preferencias de los hablantes el *designatum* que hace verdaderos el mayor número posible de creencias de los mismos; esto es, asumimos la veracidad de las declaraciones del hablante cuando nuestros principios teóricos relevantes indican que es lo más simple

²⁵⁶ Así, Marcelo Dascal y Jerzy Wróblewski, 1988, p. 205. Quine atribuye a Neil Wilson la paternidad de la formulación del principio (en un trabajo de Wilson en el Vol. 12 del *Review of Metaphysics* de 1959: "Substance without substrata", pp. 521-539, p. 532), en el contexto del análisis de los problemas de indeterminación radical de la traducción; así lo enuncia Quine: "[c]onstruiremos las palabras del extraño heterofónicamente ahora y cada vez si así hacemos de su mensaje algo menos absurdo"; vid., 1969, p. 46.

hacerlo²⁵⁷.

Me parece que este principio es el que Michael Moore maneja cuando afirma que la postulación de la necesidad de acudir a los propósitos del edictor de la norma implica como mínimo asumir su racionalidad; es decir, las condiciones para poder efectivamente afirmar que esos fines o propósitos llevaron a establecer la norma, exigen que de hecho el legislador haya tenido esa actitud teleológica, que haya mantenido la creencia en que esos efectos se iban a lograr con la aprobación de la misma, y que ambas (intenciones y creencias) fueran la causa de su aprobación. En resumen, de su actuación ha de poderse afirmar que se conduce mediante un razonamiento expresable en el siguiente silogismo práctico:

$$\begin{array}{l}
 P(q) \\
 C[E(p) \supset q] \\
 \hline
 E(p)
 \end{array}
 \qquad
 [OI]$$

La premisa mayor del silogismo representa la intención 'pretende que q'. La premisa menor expresa la creencia, 'cree que si alguien emite p, entonces q' (por

²⁵⁷ Un ejemplo trivial sirve para ilustrar la idea: si alguien, mirando por la ventana, afirma que ha dejado de llover, y comprobamos que sigue lloviendo a cántaros, el principio de caridad nos hace asumir que el hablante se expresa irónicamente; vid., Donald Davidson, 1984b, p. 197; Dworkin, 1986, pp. 52-53 y Patrick Colm Hogan, 1996, pp. 13-23. Las implicaciones del principio de caridad son especialmente relevantes para las tesis semánticas conductistas como las de W.V.O. Quine; en particular en el ámbito de lo que este autor denomina 'traducciones radicales' de lenguajes completamente ajenos al nuestro. El principio de caridad exige para ello asumir que la mayoría de las creencias del hablante nativo son verdaderas, o si se quiere, suponer que las falsedades que cree son las que nosotros (traductores) habríamos creído de haber dispuesto de su justificación. Los problemas de la traducción radical tan centrales en las obras de Davidson y Quine habrían puesto de relieve la necesidad de una aproximación 'holística' a la semántica: entender los significados de las proposiciones que emitimos no es posible aisladamente (oración a oración), sino sólo con el trasfondo del conocimiento de la red de creencias y formas de vida comunes de los hablantes. Vid., Manuel García-Carpintero, 1996, pp. 454-455. Andrei Marmor ha explorado también las posibles importaciones del principio de caridad, tal y como es manejado por Davidson, en la teoría 'constructivista' dworkiniana sobre la interpretación jurídica; vid., 1992, pp. 17-18, 23-24, 58-60 y supra nota 121.

ejemplo, cree que si alguien expresa 'los contratos de arrendamiento se prorrogarán hasta un máximo de cinco años a petición del arrendatario', disminuirá el precio de la vivienda). La conclusión del silogismo es el acto de emitir p. La racionalidad que se asume viene dada porque el objeto de la intención ha de ser idéntico al consecuente de la proposición creencial, y el antecedente de dicha proposición a la conclusión del silogismo²⁵⁸. Es decir, como ha señalado Andrei Marmor, entre las creencias del edictor sobre la aplicación de la norma y sus propósitos deseados (*further intentions*) al aprobarla debe existir una relación medios-fines²⁵⁹.

Pero 'q' puede no sólo representar creencias sobre los efectos deseados con la aplicación, sino que cabe pensar en otras categorías de intenciones asignables al edictor; es decir, que éste cuenta con un conjunto heterogéneo de pretensiones, de tal forma que **[O]** sea en realidad

$$\frac{P\{(q_1), (q_2), (q_3)...(q_n)\} \\ CIE(p) \supset \{(q_1), (q_2), (q_3)...(q_n)\}}{E(p)} \quad [1]$$

Si repasamos algunas de las sugerencias de los que han indagado con afán taxonómico en dicho conjunto²⁶⁰, parece que podemos hablar, al menos, de: (1)

²⁵⁸ Además, la creencia ha de ser también racional y la pretensión inteligible, en el sentido de públicamente discernible; vid., Moore, 1981, pp. 259-262. Sobre la racionalidad práctica que se atribuye al emisor o hablante, vid., también, Ian Rumfitt, 1995, pp. 837-838.

²⁵⁹ Vid., Marmor, 1992, p. 171.

²⁶⁰ Vid., entre otros, Bascham, 1992, p. 30, y Dworkin, 1985, pp. 41, 43.

intenciones semánticas, es decir, del significado de los términos de la norma que el autor concebía al dictarla; (2) de deseos sobre sus efectos jurídicos inmediatos o bien **propósitos** y objetivos de más largo alcance esperados con su promulgación y aplicación²⁶¹, así como de (3) **pretensiones contrafácticas**, esto es, de creencias que el emisor pudo haber tenido sobre su aplicación concreta de haber sido considerado un supuesto determinado.

Dentro de la primera categoría cabría incluso distinguir entre aquellos casos en los que el legislador tiene una referencia del concepto o término usado en la norma que sigue las **convenciones** de uso de su comunidad lingüística, o bien cuando pretende del aplicador que sea la verdadera naturaleza del objeto referido, según el estado del conocimiento en ese momento, el que marque la pauta de la dotación de significado (**intención semántica realista**).

De acuerdo con el modelo 'conversacional' al que Dworkin confrontaba su paradigma de interpretación 'constructiva' (vid supra 1.2.1 ii), la vinculación entre intención y significado es de naturaleza conceptual. El originalismo o intencionalismo sería así, *stricto sensu*, la única forma posible de interpretar. No se trata pues de que el intérprete se enfrente a una alternativa entre dos posibles interpretaciones (objetiva y subjetiva). Interpretar, propiamente, es en todo caso

²⁶¹*Further intentions* en expresión de Moore; vid., 1985, p. 339. A ello se refiere Dworkin con la idea de 'esperanzas' (*hopes*) del hablante; vid., 1985, pp. 44-45. Redish y Chung como *purposivism*; vid., 1994, p. 815. Sobre la preferencia por este canon hermenéutico en el ámbito de la interpretación del derecho legislado (*statutory law*), vid., los trabajos clásicos de Herbert y Sacks (buscar...), Landis, 1930, p. 888; Gerald C. MacCallum, 1966, p. 757 y Dickerson, 1975, p. 210. Moore se refirió a la distinción entre ambos tipos de intenciones como una entre intenciones *locucionarias* (lo que se quiso decir) y *perlocucionarias* (lo que se quiso hacer con la emisión; vid., 1981, pp. 262-263, e infra 3.1).

reverenciar, de alguna forma, las pretensiones del autor, y así ocurre cuando mantenemos una estricta adhesión al texto. Estamos pues frente a la revitalización de algunas de las ideas de lo que en el primer apartado englobé bajo la denominación de hermenéutica anglosajona tradicional. Así se puede entender la aseveración de James Gardner según la cual el textualismo es una forma extrema de originalismo²⁶², y parecidas conclusiones de autores como Henry Monaghan²⁶³, Paul Campos²⁶⁴ y, últimamente, Stanley Fish. En los propios términos de este último autor:

lo originalismo no es el nombre de un estilo de interpretación distinto sino el nombre de la interpretación tal y como es practicada por cualquiera; en tanto en cuanto el significado no puede ser determinado independientemente de (la previa y simultánea) asignación de intención; cualquiera que es un intérprete está en el negocio de la intención, y no hay valor metodológico alguno en declararse a uno mismo (o incluso pensarse uno mismo) como intencionalista porque no se puede ser otra cosa²⁶⁵

Como cuestión práctica, comenta en la misma línea Richard S. Kay, una aproximación que se apoya en el significado ordinario o convencional de los términos dará como resultado la *misma* interpretación que la que sigue de una

²⁶² Vid., 1991, p. 3, n.8.

²⁶³ Comentando las dificultades en la determinación de las intenciones del constituyente, indica: "Más importante, el lenguaje de la propia Constitución permanece. Cualesquiera sean las dificultades, ese lenguaje constituye la mejor evidencia de la intención original"; vid., 1981, p. 377.

²⁶⁴ Para quien si el *strong intentionalism* que él defiende, es una posición correcta, "[e]ntonces un texto sólo puede significar lo que su autor pretende que signifique, y de ahí se sigue que interpretar un texto simplemente consiste en buscar esa intención. Significado textual e intención del autor no son conceptos separables, y buscar uno es por necesidad sinónimo de buscar el otro"; vid., 1993, p. 1091.

²⁶⁵ Vid., 1992, p. 301. Vid., igualmente pp. 299-300 y Earl Maltz, 1987a), p. 46.

interpretación basada en las pretensiones originales²⁶⁶.

Pero frente a esta tesis intencionalista estricta (que lo sería por vincular conceptualmente 'pretensión' y 'significado' apostando por tanto por la no distinción entre el significado de la oración y el significado del hablante), se encuentra, en oposición, la tesis que prima las intenciones semánticas de carácter *realista*: el modelo que ya en la introducción denominé realismo semántico, y según el cual debemos atribuir el significado del enunciado lingüístico utilizado, en función de la verdadera naturaleza de lo referido.

En términos formales, podemos resumir las dos concepciones enfrentadas que exploraré en los dos próximos capítulos, como dos criterios acerca de las condiciones de verdad que habrían de satisfacer dos enunciados interpretativos de una formulación lingüística constitucional. La verdad de la proposición "el significado de 'igual protección de las leyes' es ϕ " viene dada, de acuerdo con los dos modelos, por la concurrencia de ciertos hechos: concretamente la posesión de ciertos estados mentales. Pero con una sutil diferencia: en el primer caso la proposición (o enunciado interpretativo) "el significado de 'igual protección de las leyes' es ϕ " es verdadera si con la emisión de tal conjunto de signos ('igual protección de las leyes') *el hablante quiso decir ϕ* . En función del segundo, la

²⁶⁶ Vid., 1988, pp. 234-235. De manera análoga, afirma Perry que el originalismo es una 'especie de textualismo'; vid., 1994, p. 30. El originalismo estricto que resulta equiparado al 'textualismo' o actitud de estricta adhesión al texto, supone para Dworkin la preferencia por las *intenciones semánticas* del editor sobre cualesquiera otras. La idea que subyace en el planteamiento de Dworkin, y que asumiré a lo largo del trabajo, es que es inevitable la adscripción de una pluralidad heterogénea de pretensiones: al emisor, es decir, que no existe una conexión necesaria entre *significado* y *querer decir*, y mucho menos que dicha equiparación sea manifestación de la actividad interpretativa rectamente entendida como apuntan los originalistas estrictos; vid., Dworkin, 1997, pp. 116-127 e infra 3.1 y 5.5.

proposición, "el significado de 'igual protección de las leyes' es ϕ ", es verdad si 'igual protección de las leyes' significa ϕ *de acuerdo con la mejor teoría disponible sobre la naturaleza de la 'igual protección de las leyes'*. Empezaré abordando la primera propuesta; la que vincula intención y significado como forma de atribuir condiciones de verdad al enunciado interpretativo de la formulación lingüística constitucional.

CAPITULO III: Intención, significado y autoridad. La Constitución (y el derecho) como comunicación

3.1 Intención y significado

Según Richard S. Kay, hablar de significado sin asociar intenciones resulta incoherente pues uno de los presupuestos básicos al tratar de entender aquel es discernir cuales son los objetivos del hablante; en otro caso la comunicación humana sería sencillamente imposible²⁶⁷. Símbolos tales como marcas en un papel o sonidos en el viento, prosigue, no significan nada por sí mismos. En el caso de estos últimos, ejemplifica, no nos preguntamos que pueden querer decir cuando los escuchamos. Solamente cuando tenemos razones para creer que hay un acto volitivo e intelectual detrás de su producción, hacemos el esfuerzo de tratar de descubrir su significado²⁶⁸.

La reflexión de Kay supone la vindicación de la aproximación al escrutinio de la naturaleza del lenguaje y del significado dentro del marco general de la teoría de la acción racional que habrían liderado, entre otros, John L. Austin y Paul Grice. Como ha destacado Manuel García-Carpintero, hasta la obra del primero, el estudio de la semántica había estado dominado por el análisis del carácter 'representacional' del lenguaje: de la relación entre éste y el mundo. De tal forma que la preocupación de los filósofos del lenguaje era casi en exclusiva la determinación de las condiciones de verdad de las oraciones, determinación ésta

²⁶⁷ 1988, pp. 236-242.

²⁶⁸ Kay, 1989, pp. 40-41. El autor está parafraseando a Searle, vid., John R. Searle, 1994, p. 26.

que sólo cabía practicarse con respecto a los enunciados 'constatativos'. Las preferencias o emisiones 'realizativas', sólo evaluables en términos de éxito o fracaso, fortuna o infortuna de nuestras acciones lingüísticas, apenas ocuparon el esfuerzo de los teóricos, y ese es el hueco que vino a llenar el seminal trabajo de Austin²⁶⁹. Por otra parte, de acuerdo con Kuroda, el pensamiento de Grice aparecería como el último hito en ese desarrollo de la teoría general de los actos de habla inaugurada por el autor de *How to do Things with Words*²⁷⁰. Entiendo que conviene por ello que el punto de partida sea la descripción de las principales aportaciones de este último (cuya difusión y conocimiento está ampliamente extendido no sólo entre los filósofos del lenguaje²⁷¹) para de esa forma encuadrar mejor el intencionalismo semántico griceano y sus implicaciones. Recordaré, pues, en aras a la mejor comprensión de los requisitos de la fórmula o *analysans* de Grice que posteriormente describiré, algunas nociones y distinciones ya canónicas en la filosofía del lenguaje. Me refiero a la diferencia entre actos locucionarios,

²⁶⁹Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 474, 480-481. La obra de Austin a la que me refiero es, por supuesto, *How to do Things with Words*, J.O. Urmson y Marina Sbisa (eds), Cambridge (Mass), Harvard University Press, (1ª ed, 1959, 2ªed, 1962, por la que citaré en lo sucesivo).

²⁷⁰Vid., 1989, pp. 657-658. Según Peter A. Facione, en esa evolución, habría habido dos eslabones fundamentales en los trabajos de Hart ("Signs and Words", *Philosophical Quarterly*, Vol. 27, 1952, pp. 59-62) y Henry S. Leonard ("Interrogatives, Imperatives, Truth, Falsity and Lies" y "Authorship and Purpose", ambos en *Philosophy of Science*, vol. 26, 1959, pp. 172-186 y 277-294, respectivamente). Sólo el infortunio histórico, indica Facione, explica que no se les haya prestado a estos últimos la debida atención y sí en cambio al artículo seminal de Grice aparecido el mismo año; vid., Facione, 1973, p. 278. La literatura secundaria existente sobre la obra de Austin es ingente. En este trabajo me limitaré a sus aspectos más conocidos y menos controvertidos, con lo cual las referencias a los glosadores austrianos serán mínimas. Por otra parte, entiendo que junto con las menciones de Facione habría que colocar entre los momentos relevantes de la teoría de los actos de habla la obra de John R. Searle, *Actos de habla*, cit.

²⁷¹De hecho, como apuntan Neil MacCormick y Zenon Bankowski, el desarrollo de la teoría austrianiana de los actos de habla debe mucho a la reflexión que prominentes teóricos del derecho (particularmente H.L.A Hart) hicieron sobre la naturaleza de los actos jurídicos; vid., 1986, p. 122.

ilocucionarios y perlocucionarios, así como a la noción de 'fuerza ilocucionaria'²⁷².

Los actos locucionarios son la producción de una emisión o locución-de una secuencia acústica, de movimientos corporales o caracteres (habla, gestos o escritura)-, que resulta ser un fragmento de lenguaje, generados sin la intención de 'hacer algo' por parte del proferente (como cuando, por ejemplo, probamos el sonido de un micrófono diciendo: "sí, sí"). A diferencia del balbuceo, o el ruido, dichas secuencias tienen *significado* (sentido y referencia de acuerdo con las reglas sintácticas y semánticas del lenguaje)²⁷³. Los actos locucionarios causan efectos (como toda acción en general), algunos de los cuales, dado el carácter convencional del lenguaje, son característicos de que tales actos son actos de habla. Son efectos producidos 'en el decir algo' (*in saying something*) cuando concurren circunstancias adecuadas (informar, preguntar, rogar, prometer, ordenar, etc.). A estos actos Austin los denominó ilocucionarios²⁷⁴. Por último, en ocasiones

²⁷²Que las distinciones y aportaciones austinianas sean ya canónicas, no quiere decir que hayan sido recibidas de manera pacífica. Para autores como Davidson, Lewis y Searle, la comprensión del significado en las oraciones realizativas no exige tener en cuenta elementos pragmáticos, sino que en todo caso el significado de las mismas puede analizarse en términos puramente proposicionales, es decir, en función de criterios de verdad. Para aquellos, una orden como 'soldado, ¡cierre la puerta!', simplemente expresa con economía: 'yo le ordeno al soldado que cierre la puerta'. Es decir, como veremos en breve, no se acepta la noción de fuerza ilocucionaria. Para los fines de este trabajo se puede prescindir de este tipo de discusiones. Véase, sobre ello, Donald Davidson, 1984c, pp. 271-272; Searle, 1994, p. 32 y García-Carpintero, 1996, pp. 482-484.

²⁷³Es decir, como el acto ilocucionario que a continuación veremos, la locución queda asociada a convenciones; Vid., 1962, pp. 93-94, 100, 107-108.

²⁷⁴Austin, 1962, pp. 98-100. Realizar un acto ilocucionario implica siempre realizar un acto locucionario, pero el primero no es una consecuencia de lo segundo de tal forma que nos llevara a afirmar que proferir una palabra es el efecto de emitir un ruido (es una consecuencia 'convencional', del contexto de la emisión; Ibid., pp. 114-115). Esta es la distinción que Austin quiere mantener (también aludida como la diferencia entre actos 'fonéticos', 'fáticos' y 'réticos', id., pp. 92-93, 95) y que Donald Davidson o Searle, entre otros, no aceptan. De acuerdo con el primero, no se debería decir que hay acto lingüístico alguno si uno emite palabras meramente para oír los sonidos de las mismas o para arrullar a alguien. Un acción, indica Davidson, cuenta como lingüística sólo si el significado literal es relevante (cuando hablamos sólo o escribimos en un diario, tiene que ser por alguna razón que dijimos lo que dijimos y no en cambio emitimos ruidos o escribimos garabatos), y en ese supuesto siempre hay un propósito ulterior no

podemos usar el lenguaje para lograr ciertos propósitos (persuadir, molestar, convencer, asustar, engañar, etc.). Dichos efectos producidos 'por decir algo' (*by saying something*), son los que Austin llamó perlocucionarios, y al acto de habla causante de los mismos, acto perlocucionario²⁷⁵. La diferencia entre la ilocución y la perlocución radica en el carácter convencional de la primera actividad. Austin considera que dicho rasgo es predicable pues podemos hacer explícito el tipo de acto ilocucionario que realizamos (su 'fuerza ilocucionaria' o cómo lo proferido debe 'ser tomado') mediante 'indicadores explícitos', cosa que no es posible en la realización de actos perlocucionarios. Así por ejemplo, puedo decir 'te advierto que...', 'te prometo que...' pero no 'te convengo de que' o 'te persuado para que...', etc²⁷⁶.

La percepción que, en los contextos de comunicación, el hablante pretende de su audiencia al realizar algunos actos ilocucionarios, es lo que Austin denominó 'recepción', 'comprensión' o 'captación' (*uptake*). Implica la intención del emisor de que el receptor se dé cuenta de cual es la significación deliberada de su proferencia, y por tanto presupone la creencia por parte del proferente de que

lingüístico; vid., Donald Davidson, 1984c, pp. 271-272 y Searle, 1994, p. 32, n.1.

²⁷⁵ Así por ejemplo, describiríamos la diferencia entre los distintos actos con la oración, 'cierra la puerta': (1) Locución: Me dijo 'cierra la puerta' queriendo decir por 'cierra' cierra y por 'la puerta' la puerta; (2) Ilocución: Me urgió, aconsejó, ordenó, 'cerrar la puerta'; (3) Perlocución: Me persuadió a que 'cerrara la puerta'. Austin, 1962, pp. 101-103, 122. Vid., igualmente, Kuroda, 1989, pp. 657-658; Facione, 1973, 282-283 y Searle, 1994, pp. 31-34.

²⁷⁶ Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 491-492 (aunque aludiendo a esta distinción como confusa). Además del verbo 'expositivo' (advertir, prometer, etc.) que figura en los ejemplos, el 'indicador' de la fuerza ilocucionaria puede venir determinado por los signos de puntuación, la entonación, el orden de las palabras o el énfasis; vid., Austin, 1962, pp. 73, 85, 103-105, 107-108, 131. En la mayoría de los casos, es el contexto el que aclara cual es la fuerza ilocucionaria de la emisión sin que sea necesario el indicador explícito; vid., Searle, 1994, p. 39.

tal percepción puede ocurrir²⁷⁷. En caso de que así sea, el acto ilocucionario habrá sido 'afortunado' (*felicitous*), esto es, habrá logrado ajustarse a las reglas convencionales que establecen en qué circunstancias y con qué limitaciones se produce el efecto deseado²⁷⁸. Se puede entonces afirmar que cuando un emisor trata de comunicar algo tiene al menos dos intenciones: la intención de realizar un acto ilocucionario (y esto distinguiría el acto de la mera locución como emisión de sonidos) y la intención de asegurar la recepción (*the intention to secure uptake*) para lo cual, asumiendo su racionalidad práctica, se apoyará en la significación convencional del signo o proferencia. La primera pretensión respondería al querer decir algo²⁷⁹. Cabría por último referirnos a la intención perlocucionaria, es decir, aquella que se liga al efecto producido por la proferencia o emisión, pudiendo ser esta 'no-locucionaria', 'no-convencional'²⁸⁰.

3.1.1 La semántica de H.P. Grice

Pués bien, precisamente en la crítica a esta insistencia austiniana sobre el carácter convencional de la fuerza ilocucionaria es en la que Paul Grice asienta uno de los cimientos más importantes de su edificio teórico. Comprender los aspectos esenciales del significado dentro del paradigma de la acción racional, no exige que partamos de acciones lingüísticas ya gobernadas por convenciones, sino

²⁷⁷Austin, 1962, pp. 116-117. Vid., también Facione, 1973, p. 282 y Joseph Margolis, 1973, p. 688.

²⁷⁸Austin, 1962, pp. 14, 105-106.

²⁷⁹Vid., Facione, 1972, p. 82 y Searle, 1994, pp. 51, 54.

²⁸⁰Austin, 1962, p. 119; Facione, 1972, pp. 79-81 y Facione, 1973, p. 283.

justamente lo contrario. El programa griceano, como ha expuesto García Carpintero²⁸¹, consiste en ofrecer una explicación de la naturaleza de los casos básicos de acciones que generan significado, que no son parte de práctica convencional alguna, para luego extender tal análisis a las que sí lo son²⁸². El examen ha de partir pues de la dilucidación de lo que Grice denomina 'significado ocasional del hablante' (*utterer's occasion meaning*); esto es, del que aparece en las proposiciones del tipo "H quiso decir (*meant*) al emitir x que ...". Y ello sobre el asiento de una idea intuitiva o primitiva de comunicación; es decir, de aquellas acciones con las que pretendemos inducir una creencia en el receptor²⁸³. Una vez aislado aquél, estaríamos en disposición de describir y distinguir entre (1) el 'significado atemporal de un tipo de emisión' o noción de 'significado convencional de un tipo de emisión' (*timeless meaning for an utterance type*) como por ejemplo en la proposición, "x (tipo de emisión) significa '...' "; (2) el 'significado atemporal aplicado de un tipo de emisión' (*applied timeless meaning for an utterance type*) tal y como se presenta en la proposición: "x quiso decir (*meant*) aquí '...' " y (3) el 'significado ocasional de un tipo de emisión' (*utterance type occasion meaning*), como en la proposición: "H quiso decir por medio de x

²⁸¹Vid., 1996, pp. 505-506.

²⁸²El primer trabajo, "Meaning", es de 1957 (*The Philosophical Review*, Vol. 56, N°3, pp. 377-388). Vinieron a continuación: "Utterer's Meaning, Sentence-Meaning, and Word-Meaning", *Foundations of Language*, Vol. 4, N°3, august 1968, pp. 225-242 y "Utterer's Meaning and Intentions", *The Philosophical Review*, april 1969, Vol. 78, N°2, pp. 147-177.

²⁸³En la terminología de Simon Blackburn (AIB, *Actions intended to induce believe*); vid., 1984, p. 111, y en la misma línea: P.F. Strawson, 1991, p. 337; Biro, 1979, pp. 238-239 y García-Carpintero, 1996, p. 506. Como veremos a continuación, las acciones pueden también pretender del destinatario que haga algo.

... 284

En ese primer estadio de escrutinio semántico no habría pues distinción alguna entre significado y fuerza, ni entre intención locucionaria y perlocucionaria. La significación existe meramente porque se dan ciertos estados mentales (creencias y deseos) en el hablante como ocurre con la acción racional en general. El análisis semántico griceano encuentra por ello en el 'querer decir' del emisor y no en lo que 'dice' (de acuerdo con las convenciones de significado) el elemento explicativo clave²⁸⁵. Y ello a diferencia de las teorías causales de la referencia o de las que se asientan en la elucidación de las condiciones de verdad de los enunciados, que no serían capaces de analizar correctamente el significado de los signos en función de lo que los usuarios de los mismos quieren hacer con ellos en circunstancias específicas; en concreto, en las circunstancias comunicativas, contexto este que, como se sabe, vendría caracterizado por la nota de *puesta en común* de deseos, creencias e intenciones de los hablantes²⁸⁶.

²⁸⁴Esta es la forma esquemática y simplificada con la que Grice da cuenta de los objetivos de su programa en el trabajo de 1969 (pp. 147-149). Fue expuesto de manera comprensiva en el artículo de 1968 (vid., pp. 225-227). Un buen resumen y explicación es la que ofrece Blackburn; vid., 1984, p. 112.

²⁸⁵Vid., Kuroda, 1989, p. 658; Facione, 1973, p. 283 y Facione, 1972, p. 81.

²⁸⁶Grice, 1957, pp. 379-381. Existe un debate inacabado y probablemente inacabable entre los que son partidarios de interpretar el proyecto de Grice como 'reduccionista' (de lo semántico a lo psicológico-estados mentales de los hablantes-) y los que no. Entre los primeros: Charles Travis, 1991, p. 251; Anita Avramides, 1989, pp. 4, 79, 146, 158; Stephen Schiffer, 1982, pp. 119-123 (Schiffer es no sólo un lector reduccionista de la obra de Grice, sino el mismo un partidario claramente del reduccionismo); Peter A. Facione, 1973, p. 283 (uno de los objetivos de Grice sería la reducción de las pretensiones ilocucionarias a intenciones perlocucionarias) y Karl Otto Apel, 1986a, pp. 42-43. Entre los segundos, Ian Rumfit, 1995, p. 851 y Steven Davis, 1994, p. 293. García-Carpintero entiende que cabe englobar a Grice (junto con Austin y Strawson) en la síntesis entre las propuestas mentalistas representadas por Locke y el primer Wittgenstein y el conductismo abanderado por Quine y el segundo Wittgenstein. En todo caso, este autor previene de la plausibilidad de dicha síntesis, reconociendo que Grice estaría más cerca del primer miembro del binomio; vid., 1996, pp. 474, 522.

Para Grice existen dos diferentes sentidos ('natural' y 'no natural') del término 'significa' (*means*), siendo el segundo de ellos el que debemos vincular con las intenciones del hablante. En la lectura de García-Carpintero²⁸⁷, esta distinción griceana entre símbolos (significado 'natural') y signos (significado 'no natural') corre en paralelo a la que estableció Davidson entre 'acciones nuestras' (imputables a los sujetos por la presencia de deseos, creencias e intenciones) y 'cosas que nos pasan' o 'acaecimientos' (puramente causados por factores externos o reflejos)²⁸⁸. Así, el sentido 'natural' de *significa* es el de señalamiento o implicación, como ocurre en la oración "estas manchas *significan* baricela". Cuando, por el contrario, nos referimos al 'significado convencional', o al de una acción racional en general, hablamos de un sentido no-natural del mismo. En las oraciones en las que se da este segundo sentido de significado está presente el estilo indirecto: "los tres sonidos de la campana *significan que* el autobús está lleno"²⁸⁹.

Dentro del primero de los sentidos Grice engloba también a los usos ejemplificados bajo el patrón: "H (hablante) pretende hacer tal y cual cosa (*means-meant-to do so-and-so*) por medio de x (emisión o *utterance*)" frente a, "H quiere decir (*means-meant*) al emitir x (*by x*) que..." que sería un caso de significado no-

²⁸⁷Vid., 1996, pp. 474-475, 507.

²⁸⁸Vid., Donald Davidson, 1980, pp. 3-19. La idea rectora de Davidson es que las 'racionalizaciones' que hacemos de las acciones de los individuos, a partir de la constatación de una 'actitud favorable a' (*pro attitude*) la realización de tal acción que aisla una razón primaria o básica, da una explicación causal de aquellas; id., pp. 4-5, 9-10. Para una sumaria e iluminadora presentación de estas cuestiones clásicas en la filosofía de la acción, vid., Juan Carlos Bayón, 1991, pp. 45-48 y bibliografía que se acompaña en p. 45, n. 4.

²⁸⁹Vid., Steven Davis, 1994, pp. 293-294, y Denkel, 1992, pp. 297-298, 304, 306.

natural²⁹⁰.

Como dije anteriormente, la idea básica es que los significados atemporal y de aplicación del significado atemporal, así como el de significado ocasional de un tipo de emisión pueden ser explicados en función de la noción de 'significado ocasional del hablante' (*utterer's occasion meaning*), es decir, en términos de intenciones del mismo²⁹¹. El examen ha de partir, por tanto, de la especificación de significado que reza, en su formulación más genérica: (1) "H quiso decir (*meant*-en el sentido no natural) algo a través de x". Pues bien, para Grice esa proposición es equivalente a: (2) "H profirió (*uttered*) x con la intención de generar una actitud proposicional-para el caso de los imperativos-o hacer pensar que el emisor cree algo-dado el modo indicativo-"²⁹². La definición de verdad de la proposición (1) sería: "H quiso decir algo con la emisión de x" es verdad si y sólo si, dada una audiencia A, H emitió x pretendiendo: (1) inducir en A una particular respuesta r; (2) que A reconozca al menos parcialmente por la emisión de x que H pretende (1); (3) que el cumplimiento de A de la pretensión mencionada en (2) se deba al menos en parte a la razón de A de cumplir la pretensión mencionada en (1)²⁹³.

²⁹⁰Grice, 1957, pp. 377-379 y 1968, p. 225.

²⁹¹Grice, 1969, p. 150 (vid., supra). Vid., también, Avramides, 1989, pp. 10-11; Stephen Neale, 1992, p. 515; Charles Travis, 1991, pp. 250-251 y Apel, 1986a, p. 44.

²⁹²Grice, 1968, p. 230 (en la formulación abreviada, 'H *s-pretende* producir en A el efecto E', s equivale a significado).

²⁹³Grice, 1969, p. 153. Fórmula que equivale a "H emite x 'pretendiendo-significativamente' (*M-intending*) que A produzca r" (Ibid, p. 165). En el trabajo de 1957 (p. 384), la caracterización de la respuesta del oyente era distinta (inducir una creencia por medio del reconocimiento-por parte del auditorio u oyente-de su intención, o bien, para los imperativos, la intención por parte del auditorio u oyente de hacer algo).

Los requisitos de la fórmula de Grice (la que establece la definición de verdad de la proposición que describe el significado ocasional del emisor) han sido caracterizados por Heidi Hurd como, respectivamente, los de la (1) 'recepción' o 'captación'-*uptake requirement*-(inducir en la audiencia una particular respuesta *r*); (2) 'reflexividad' (que la audiencia reconozca al menos parcialmente por la emisión de *x* que el emisor pretende (1)) y (3) 'causalidad' (que el cumplimiento de *A* de la pretensión mencionada en (2) sea, al menos en parte, la razón de *A* de cumplir la pretensión mencionada en (1))²⁹⁴.

En definitiva, y pese a la aparente sofisticación y complejidad de la fórmula, lo que late en el fondo de la misma es una intuición aparentemente sencilla. En ausencia de un vehículo 'convencional' de comunicación, de un medio regular para hacer partícipes a los demás de nuestras creencias o voliciones, lo que Grice entiende que ocurre es la inducción en nuestros receptores de una suerte de razonamiento teórico o práctico que involucra *esencialmente* el reconocimiento por parte de la audiencia de la intención del hablante de producirle un cierto estado mental, *r*. La conclusión de dicho razonamiento es la proposición que se espera que la audiencia *crea* (si la fuerza del signo es 'informativa'²⁹⁵) o la intención de que *haga algo* (si la fuerza del signo es 'petitoria'²⁹⁶). De ahí la necesidad o

²⁹⁴Vid., Hurd, 1990, pp. 958-962.

²⁹⁵La respuesta *r* sería, según Rumfitt, la formación en la audiencia de una creencia cuyo contenido es precisamente el contenido de la preferencia del hablante; Vid., 1995, pp. 827-862, p. 832 y García-Carpintero, 1996, p. 509.

²⁹⁶Vid., García-Carpintero, 1996, p. 510. Esta suerte de razonamiento que se pretende inducir en la audiencia al utilizar un signo no convencional es lo que caracterizaría a los, en expresión de MacCormick y Bankowski, 'actos de habla informales' que, como veremos en el próximo apartado, se asocian a los mandatos u ordenes; vid., 1986, p. 125 (en puridad, la idea fue originalmente introducida por MacCormick en un trabajo de 1973: "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", en *Oxford Series in*

exigencia del requisito de causalidad (al que García-Carpintero se ha referido como 'condición típicamente griceana'²⁹⁷). Hay acciones, indica este autor, cuyos resultados persiguen igualmente la producción de un cierto estado mental y sin embargo no serían, de acuerdo con Grice, signos: "Illo verdaderamente distintivo de los signos es que el agente que los produce persigue que sea *precisamente el reconocimiento por su audiencia de su intención de producir un cierto efecto en ella*, lo que produzca *racionalmente* el efecto buscado"²⁹⁸. Ante un signo informativo el razonamiento del oyente se daría en los siguientes términos: "el hablante quiere que yo perciba su deseo de que yo juzgue que p y yo así lo advierto; pero la única razón que puede existir en este caso para que quiera tal cosa es que p; por lo tanto, p es verdadera".

Tratándose de un signo 'petitorio' el razonamiento discurriría así: "El hablante quiere que yo advierta su deseo de que yo quiera que p; pero la única razón que puede existir en este caso para que desee tal cosa es que hacer p es bueno para mí; por lo tanto p es bueno"²⁹⁹.

Lewis ha mostrado las razones de las exigencias indicadas en la fórmula de Grice de forma muy iluminadora. Haré uso de su ejemplificación pues me permitirá aclarar el alcance y sentido de cada uno de sus requisitos y así entender mejor las

Jurisprudence (second series), A.W.B. Simpson (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 100-130).

²⁹⁷Vid., 1996, pp. 506-507, 511-512. Igualmente Blackburn, que llama entonces a las AIIB (vid., supra nota 283), *Gricean AIIB* (GAIB); vid., 1984, p. 112.

²⁹⁸García-Carpintero, 1996, p. 508 (itálicas suyas).

²⁹⁹Ibid., p. 513.

objecciones que al *analysans* se han hecho³⁰⁰.

Lewis nos propone, a partir de uno de los ejemplos utilizados por Grice, que consideremos las siguientes 'actividades' del hablante para percatarnos en cuales de ellas se estarían cumpliendo los requisitos de reflexividad y causalidad: (a) Herodes se presenta ante Salomé con la cabeza de San Juan el Bautista en una bandeja; (b) Herodes le dice a Salomé: "Está muerto."; (c) Herodes abandona la cabeza de San Juan el Bautista en cierto lugar; Salomé la descubre casualmente; (d) Herodes deja abandonada la cabeza de San Juan el Bautista en un lugar donde sabe que Salomé la encontrará y suponiendo correctamente que Salomé no se dará cuenta de que la dejó allí para que la descubriera; (e) Herodes abandona la cabeza en un sitio donde Salomé la verá, suponiendo incorrectamente que ella no se dará cuenta de que la dejó allí para que la viera.

En todos los casos se produce una 'respuesta' por parte del auditorio (Salomé): la creencia en la muerte de San Juan el Bautista. Ese sería el significado del signo 'cabeza de San Juan El Bautista en una bandeja de plata'. Pero, ¿de qué

³⁰⁰Un excelente ejemplo es también el de García-Carpintero (1996, pp. 508-511). Se refiere a la convención de poner los cuatro intermitentes cuando hay un atasco para advertir al vehículo que nos precede (podemos pensar en otros similares como dar las luces largas a los que vienen en sentido contrario para advertirlos de la presencia de la Guardia Civil). En la primera oportunidad que se presentó, podemos suponer que el conductor que observa el atasco quería que el que conducía inmediatamente a continuación se apercibiera del peligro y moderara su velocidad para evitar la colisión. Ese juicio es el que el primer conductor quiere inducir en el segundo. ¿Cómo hacerlo si no se dispone de signo convencional alguno? (el mero frenar será tomado por el segundo conductor como que el primero simplemente disminuye su velocidad). Mediante el encendido de los cuatro intermitentes a la vez que se frena (un signo no natural) alguien pensó en esa primera ocasión que lograría comunicar la necesidad de detenerse, es decir formar el juicio en el segundo conductor de que iba a parar y que él debía hacer lo mismo para no colisionar, y ello mediante el reconocimiento por el segundo de la intención del primero (evito entrar en la pormenorización del razonamiento que el segundo conductor desarrollaría, pues creo que la idea está suficientemente clara; vid., p. 509).

manera se produce la respuesta? Del caso (c) no se puede decir que cumpla el requisito de la reflexividad. Este es introducido para distinguir los supuestos en los que, aun habiéndose inducido una respuesta en el auditorio (con lo cual se satisfaría el primer requisito³⁰¹), el hablante meramente *deja saber* al oyente, frente a aquellos en los que sí podríamos afirmar que se le *comunica* algo³⁰². Tampoco en (d) ni en (e) podemos decir que el hablante tiene la pretensión de inducir la creencia a partir del reconocimiento por parte del auditorio de dicha intención (aunque en (e) por error sí se da ese reconocimiento, este no fue querido por el hablante). ¿Qué decir de los casos (a) y (b)? ¿Afirmaríamos que la creencia de que El Bautista está muerto se produce o es causa del reconocimiento por parte de Salomé de la pretensión de Herodes de inducirle tal creencia? No parece plausible. El requisito de 'causalidad' que no se cumple ni en (a) ni en (b), es introducido por Grice para excluir aquellas situaciones en las que algún rasgo 'natural' de la preferencia hace completamente obvio lo que se quiere decir,

³⁰¹El entendimiento de la primera cláusula o requisito (inducir una particular respuesta *r*) ha de ser matizado en algunas circunstancias. Si la preferencia *x* se realiza en modo indicativo (*exhibitive*), cabría pensar que esa respuesta que se pretende inducir en el auditorio u oyente, es la creencia en algo-*p*. En tal caso, el requisito de la recepción rezaría, (1) que A crea que *p*. Esto, típicamente no sería así, indica Grice, en los casos de contestación a un examen. El alumno no produce su respuesta para inducir en el profesor la creencia de que *p*, puesto que este ya la sabe o cree, sino que su pretensión sería que el profesor piense o crea que el alumno piensa o cree que *p*. Vid., Grice, 1969, pp. 166-167. En este último supuesto estamos en presencia de oraciones 'protrépticas' (*protreptic*), oraciones mediante las cuales el proferente pretende a través de la impartición de la creencia de que tiene cierta actitud proposicional, inducir una actitud correspondiente en el oyente (Grice, 1968, p. 230). El problema es que estos supuestos no se acomodan bien con la visión común de que el propósito primario de la comunicación es la transferencia de información acerca del mundo y no, como en nuestro caso, la transferencia de información sobre los estados mentales de uno; vid., Neale, 1992, p. 545.

³⁰²El propio Grice expone un ejemplo con el que muestra la diferencia entre ambas situaciones: puedo abandonar el pañuelo de un sujeto en la escena del crimen para así hacer creer al detective que dicho sujeto es el asesino. No diríamos en ese caso que el 'dejar el pañuelo' *significó-quiso decir*- algo o que yo *quise* decir que tal sujeto es el asesino mediante mi acción de abandonar el pañuelo. Para ello, de acuerdo con Grice, debe poder predicarse mi pretensión de que el detective reconozca al menos parcialmente por mi acción de dejar el pañuelo, que pretendo inducirle la creencia de que el dueño del mismo es el asesino. Vid., Grice, 1957, pp. 381-382; vid., igualmente, Avramides, 1989, pp. 44-45 y Apel, 1986a, p. 44.

convirtiéndose en fútil cualquier referencia a la intención del hablante de que el auditorio reconozca al menos en parte por la emisión de la misma que pretende inducirle una particular respuesta *r*. Eso es precisamente lo que acontece en ambos casos: la forma de 'proferir' del hablante en ese supuesto (su acción comunicativa) adolece de un rasgo 'demasiado evidente' como para que podamos establecer que la causa de que Salomé llegue a formar la creencia de la muerte de San Juan sea su reconocimiento de que Herodes pretende que llegue a tal convicción mediante la presentación de su cabeza en una bandeja (esto es que el cumplimiento del requisito de la reflexividad sea la causa de la inducción de la respuesta *r*). Si efectivamente se genera esa creencia en Salomé es meramente por el hecho de que un hombre sin cabeza está muerto. La acción de Herodes sería en este caso un símbolo y no un signo, un supuesto de significado natural³⁰³.

Ahora bien, si el objetivo fundamental de Grice al diseñar su fórmula con los requisitos que he descrito en los párrafos que anteceden, es vincular la comunicación con la idea de que al oyente o receptor *se le hace saber algo* (frente a aquellos supuestos en los que simplemente *se le deja saber*), y ese juicio o intención es causado por el procedimiento griceano (esto es, de modo racional, a partir de una argumentación teórica o práctica cuya conclusión conlleva la producción del efecto esperado, siendo una de las premisas esenciales el reconocimiento de la intención del proferente por parte del receptor) dicha fórmula es insuficiente. Cabe imaginar supuestos más alambicados, como los

³⁰³David Lewis, 1986, pp. 152-154. Vid., asimismo, Hurd, 1990, pp. 958-962, Neale, 1992, pp. 547-548 y García-Carpintero, 1996, p. 512.

elaborados en su momento por, entre otros, Stephen Schiffer³⁰⁴ y Peter Strawson³⁰⁵, en los que el hablante se 'reserva' el sentido último de su preferencia, su auténtica intención al emitirla³⁰⁶.

Strawson propuso para lidiar con esos contraejemplos el refuerzo de la definición griceana del significado ocasional, o querer decir, añadiendo una cuarta cláusula, que exigía precisamente la pretensión por parte del emisor de que el auditorio reconociera su última intención; esto es, una forma de asegurar el requisito de la reflexividad³⁰⁷. En palabras de Apel, en ese caso, "lell hablante (H) no sólo pretende una reacción (que va más allá de la mera comprensión) y además tiene que pretender que el auditorio (A) se dé cuenta de que H lo pretende, y que en A, sobre la base de esta percepción, se induzca efectivamente la respuesta (como lo sostiene el propio Grice), sino que, además, H tiene que pretender esto, es decir que A se dé cuenta de su intención de que se dé cuenta de su intención"³⁰⁸.

Así ha de ocurrir si tenemos en cuenta los supuestos aludidos de Strawson

³⁰⁴Vid., Grice, 1969, p. 155.

³⁰⁵Vid., 1964, pp. 446-447.

³⁰⁶Se trata de las que el propio Grice denominó *sneaky intentions*; vid., 1989, pp. 302-303. Vid., también, Apel, 1986a, pp. 45-47. García-Carpintero se ha referido a ellas como intenciones aviesas; vid., 1996, p. 513.

³⁰⁷Hurd lo ha denominado requisito de la 'doble reflexividad'; vid., 1990, pp. 958-962, y en la misma línea, Apel, 1986a, p. 47. La fórmula rezaría entonces: H emitió x pretendiendo, (1) producir en A una respuesta r; (2) que A reconozca, al menos parcialmente, por la emisión de x que H pretendía (1); (3) que A piense que H pretendía (2); (4) que la razón del cumplimiento de A de (1) sea que piense que H tenía la pretensión de (1) (esto es, que cumple la pretensión (2)); vid., Grice, 1969, pp. 155-156.

³⁰⁸Vid., 1986a, p. 53.

y Schiffer. La base de los mismos es la evidencia que el proferente despliega y la manipulación que con la misma logra en el receptor por el hecho de que la información es asimétrica. La consecuencia es que la auténtica intención del emisor queda 'resguardada' y por tanto no se da un supuesto de genuina comunicación. El esquema sería el siguiente. El hablante H organiza un escenario convincente de que se da *p* en un momento y lugar en los que el receptor-A no puede evitar comprobar lo que H está haciendo. H lo hace, sabiendo que A lo está observando, pero sabiendo también que A no sabe que H sabe que le está mirando. H es consciente de que A no tomará el montaje como una evidencia auténtica ('natural') de que *p*, pero asume y pretende que A entenderá que la pantomima es una razón para pensar que él, H, pretende inducir en A la creencia de que *p*. H sabe que A tiene en general razones para pensar que H no querría inducirle la creencia de que *p* salvo que efectivamente fuera el caso que H conoce que se da *p*. Por tanto, el reconocimiento de A de la intención de H de inducirle la creencia de que *p* resultará para A una razón suficiente para creer que *p*. H pretende que el reconocimiento de A de su intención se dé efectivamente así.

Pero la adición de la cuarta cláusula no parecía resistir el contraejemplo de Schiffer, obligando al establecimiento de un quinto requisito (que A reconozca que H pretendió la última intención mencionada, (4))³⁰⁹, y haciendo además planear la

³⁰⁹Vid., Grice, 1969, pp. 155-156. El hablante H se encuentra en una habitación con un hombre A que es muy avaricioso pero que a la vez tiene cierto orgullo. H quiere desembarazarse de A, así que de forma no disimulada arroja un billete por la ventana. H pretende que A razone del siguiente modo: "H quiere que abandone la habitación, pensando que voy a correr tras el billete. También pretende que sepa que él quiere que me vaya, pues el gesto es demasiado ostensible. Pero yo no me voy a rebajar saliendo en persecución del dinero; me iré, pero lo haré porque él quiere que me vaya". Es decir, por la forma en que el hablante realiza la acción, el avaricioso reconoce la pretensión de H de que se dé cuenta de su intención de que se marche, y no es por el mero arrojar el billete. Esta última pretensión-la de que A

sospecha de una regresión al infinito; de que la fórmula es siempre infrainclusiva, dependiente, en forma casuística, de factores tales como la naturaleza de la respuesta pretendida, las circunstancias bajo las que se trata de inducir la misma y la perspicacia o sutileza del emisor y de la audiencia. Aunque en contextos reales resulta difícil imaginar tal conjunto de complejas intenciones por parte de los emisores, al menos teóricamente siempre se pueden provocar nuevas adiciones del reconocimiento de previas intenciones: (a) encontrando el contraejemplo que llevó al establecimiento del último requisito; (b) alterando la situación descrita para que el patrón de inferencia que H pretende que el receptor siga pueda expandirse para que ahora éste advierta la mas reciente intención de H; (c) siendo ahora la nueva y camuflada intención de H que el receptor cumpla con la respuesta pretendida (*r*) por el reconocimiento de la pretensión mencionada en (b); (d) añadiendo una cláusula *ad hoc* retrospectiva (*backward facing clause*) a la actual fórmula que exige del hablante que pretenda que su intención mencionada en (c) sea reconocida por el receptor; (e) repitiendo este procedimiento desde el principio³¹⁰.

reconozca que H pretendía que la marcha de A fuera causada por dicho reconocimiento de A- es la que exige la quinta cláusula. De otra forma no sería razonable predicar, indica Grice, que H *quiso decir* algo a A al arrojar el dinero. La definición debe ser extendida: "H quiso decir algo con la emisión de x" es verdad si y solo si H emitió x pretendiendo: (1) que A produzca una respuesta *r*; (2) que A piense al menos parcialmente sobre la base de x, que H pretendió (1); (3) que A piense que H pretendió (2); (4) que la respuesta *r* de A se base al menos parcialmente en la creencia de A de que H pretendió (1) (esto es, en el cumplimiento de A de (2)); (5) que A piense que H pretendió (4). Aplicando la definición al ejemplo del avaricioso, tendríamos que: "el emisor E al arrojar el billete quiso decirle al avaricioso que se marchara" es verdad si y sólo si E arrojó el billete pretendiendo que, (1) el avaricioso se marchara; (2) el avaricioso pensara que H quería que se marchara; (3) el avaricioso pensara que H pretendía que el pensara que H quería que se marchara; (4) la marcha del avaricioso fuera en parte debida a su creencia de que H pretendió que se marchara (esto es en el hecho de que el avaricioso piense, al menos parcialmente, que por haber arrojado el billete, H pretendía que se marchara); (5) que el avaricioso piense que H pretendió (4). Ejemplos similares pueden encontrarse en: Facione, 1973, pp. 285-286 y Neale, 1992, pp. 549-550.

³¹⁰Vid., Facione, 1972, pp. 76-77; Apel, 1986, p. 54 y Kuroda, 1989, p. 675. Un análisis formalizado de este patrón puede verse en Andreas Kemmerling, 1980, pp. 333-334.

Las soluciones disponibles para Grice eran, por un lado, seguir ampliando el conjunto de cláusulas³¹¹ (con el riesgo entonces de la regresión), o bien incluir en la fórmula una exigencia de cierre que obliga al proferente a no tener una intención fraudulenta; es decir, a que no pretenda de su receptor, en el proceso reflexivo mediante el que se supone llega a producir el efecto pretendido por el emisor, apoyarse en algún elemento de inferencia y a la vez pensar que el proferente pretende que no se apoye en él³¹². Cualquiera de las dos soluciones tiene desventajas evidentes para uno que pretende ser análisis completo del significado ocasional del hablante. Bien porque, dada la regresión, la definición será casuística (con lo cual tendrá muy poco de definición), bien porque es *ad hoc* al introducir la cláusula antifraudulenta dejando entonces sin explicación muchos supuestos reales³¹³. La conclusión a la que nos aboca Grice, una vez constatado el

³¹¹La última redefinición contaba con nueve de ellas, Vid., Grice, 1969, pp. 172-173 (versión A de la fórmula). Otras posibles alternativas para Grice hubieran supuesto la declaración de ser humanamente imposible tener tan intrincadas pretensiones, pero, como indica Kemmerling, ello no hubiera *hecho* nuevos contraejemplos imposibles, sino que meramente los hubiera *declarado* como tales; vid., Kemmerling, 1980, pp. 334-335. De hecho en algún pasaje Grice apunta a algo así; vid., 1969, pp. 158-159. La llamada versión A de la fórmula, o alguna otra más compleja, sí parece cubrir prácticamente todos los casos imaginables, pero al precio de hacer de la descripción del significado ocasional algo fuertemente contraintuitivo (Kemmerling, *ibid*). Entre los que asumen que así debe ser, y que en puridad el argumento de la complejidad de las pretensiones no es una razón para no optar por tal descripción por muy intrincada que sea, puesto que en general las acciones de los sujetos (incluyendo los actos de habla) son desglosables en ese número de intenciones complejas, vid., Stephen Schiffer, 1982, pp. 124-125 y Avramides, 1989, pp. 14-15.

³¹²Vid., Grice, 1969, p. 159. La definición resultaría entonces (versión B): "H quiso decir algo al emitir x" es verdad si y solo si H emitió x pretendiendo: (1) que A produjera la respuesta r; (2) que A pensara que H pretendía (1); (3) que el cumplimiento de A de (1) se basara en el cumplimiento de A de (2), y (4) que no hay un elemento de inferencia E tal que H emitió x pretendiendo al tiempo (1') que la determinación por parte de A de la respuesta r se basara en E y (2') que A pensara que H pretendía que (1') fuera falso. Cláusulas más sumarias pero que obedecen al mismo objetivo, han sido propuestas por Kemmerling ("al emitir x, H en ningún modo fue mendaz con respecto al cumplimiento de la audiencia de las cláusulas 1-3", vid., 1980, p. 339) y Neale, ("el emisor no pretende que la audiencia sea manipulada por sus propias intenciones (1) y (2)", vid., 1992, pp. 549-550).

³¹³Vid., Facione, 1972, p. 76. En realidad, como ha indicado MacKay, la introducción de sucesivas cláusulas o requisitos (la rectificación continua de la fórmula) obedeció en muchas de las inclusiones más a las razones del teórico que a las razones del hablante en sus comportamientos reales. La preocupación de Grice fue por ello más por la regresión metodológica que por otra cosa; una forma *ad hoc* de evitar lo *ad hoc* de su fórmula. En ese sentido, la teoría no surge de manera 'natural'. Vid., A.F. MacKay, 1972, pp.

obstáculo interno de la potencial infradeterminación de su fórmula, es que en los supuestos en los que, por la presencia de un elemento de fraude o reserva de la última intención por parte del emisor no cabe hablar de comunicación o de que el proferente *quisiera decir* algo, lo proferido no tiene significado; que 'nada fue dicho'³¹⁴.

No pocos autores han señalado que este inaceptable corolario es debido al empeño de Grice de diluir la distinción entre actos ilocucionarios y perlocucionarios. Los primeros, como afirma Facione, no precisan del éxito, en los términos en que exige la fórmula de Grice pensada en realidad para los segundos. Lo que la audiencia haya hecho o no es irrelevante a los efectos de predicar la producción o no del acto ilocucionario y, asimismo, para determinar si el hablante ha querido decir lo que dijo (así, por ejemplo, cuando uno ofrece consejos a una audiencia particularmente obstinada³¹⁵). Esto es, que un hablante puede querer decir 'está lloviendo' sin necesidad de tener la intención de convencer, persuadir o inducir cierta creencia en el receptor, sino simplemente la de 'generar entendimiento' (*uptake*) en su audiencia, y ese entendimiento-efecto ilocucionario-consiste en el conocimiento de las condiciones del acto de habla realizado por el emisor, condiciones que responden al uso de regularidades lingüísticas o

58, 61-64.

³¹⁴Vid., Charles Travis, 1991, p. 256.

³¹⁵Vid., Facione, 1973, p. 283 y Facione, 1972, p. 81. Vid., ejemplos similares en Searle, 1994, pp. 54-55.

convenciones semánticas³¹⁶. De otra parte, algunos actos perlocucionarios típicos, como el engaño, no requieren, so pena de resultar autofrustrantes, la pretensión del emisor de que la audiencia reconozca el efecto perlocucionario pretendido³¹⁷ (recuérdese el sentido general de los contraejemplos que obligaban a la regresión de la fórmula de Grice).

El conocido ejemplo de Searle del soldado norteamericano en la segunda guerra mundial³¹⁸, ilustra convenientemente la dificultad del análisis griceano de reducir el significado a lo que se quiso decir, o los efectos ilocucionarios a los perlocucionarios. El supuesto es el siguiente. Tropas italianas capturan a un soldado americano. Para conseguir que le liberen pretende hacer creer a aquellos que es

³¹⁶Vid., Searle, 1986, pp. 210-211 y Searle, 1994, p. 52. Vid., en la misma línea, Wilson, 1970, pp. 296-297 y Margolis, 1973, pp. 684-685. Es lo que ocurre igualmente, como ha señalado Searle, en los supuestos de representación de estados de cosas, con respecto a los cuales cabe decir que existe significado sin que haya por parte del hablante intención alguna de comunicar. En ellos la comunicación no sería constitutiva del significado sino que deriva de él. Si mediante un dibujo conseguimos hacer entender a alguien, con el que no compartimos un mismo lenguaje, un hecho determinado, diríamos, apunta Searle, que tal dibujo representa el estado de cosas pero no que lo *comunica* (hemos de añadir la preposición 'que': comunica *que* ocurre tal evento). El dibujo es usado para representar y comunicar, pero no afirmáramos que comunica el objeto o hecho sino la representación del mismo y uno puede representar sin que medie comunicación o sin pretensión de que esta se dé. Para que haya comunicación tiene que existir, de acuerdo a Searle, la intención de que el dibujo represente un determinado estado de cosas, lo cual exige que el hablante produzca su emisión con el propósito de que el criterio de éxito de su acción sea que dicho estado de cosas se da independientemente de aquella emisión. Es decir, frente a Grice, habría dos tipos distintos de intención: una primera de representar y una segunda de comunicar (que depende de la primera pues es la intención de que el oyente reconozca la intención de representar del hablante). Y la diferencia entre decir (*say*) y decir algo con significado (*mean*) tiene que ver con la pretensión de que la emisión sea representativa, y lo que aquella representa viene determinado por las reglas que gobiernan los elementos de la oración que uno emite; vid., Searle, 1986, pp. 212-213, 215-217, 226.

³¹⁷Vid., Facione, 1973, p. 283. El engaño plantearía un obstáculo difícilmente salvable para el esquema de Grice. Este de hecho restringe todo lo que no sean las intenciones primarias de un emisor como relevantes para determinar lo que se quiso decir con ella. Si emito *x* pretendiendo (con la base del reconocimiento de esta intención) inducir un efecto *E*, y a su vez pretendo que este efecto conduzca a otro *F*, en tanto en cuanto la realización de *F* se piensa depende solamente de *E*, no puedo considerar *F* como a su vez dependiente en lo más mínimo del reconocimiento de mi intención de inducir *E*. El efecto pretendido, para que pueda ser ligado al significado de la emisión, debe poder ser, en cierto sentido, controlado por la audiencia. Vid., Grice, 1957, pp. 385-386.

³¹⁸Vid., 1994, p. 53.

un soldado alemán. Él no sabe alemán ni italiano para decirles tal cosa ('soy un soldado alemán'). Conoce, eso sí, algunas frases en alemán. Concretamente la oración, "*Kennst du das Land wo die Zitronen blühen?*". La recita con la intención de hacerles creer que es efectivamente un soldado alemán en la confianza de que sus captores no conocerán suficientemente el idioma como para darse cuenta del engaño. De acuerdo con Grice, al emitir "*Kennst du das Land wo die Zitronen blühen?*", el soldado americano ha querido decir, "soy un soldado alemán". Afirma Searle, que aunque se pueda afirmar que al proferir dicha oración ha pretendido *inducir la creencia* en los captores de que es un soldado alemán (efecto perlocucionario), de ello no se sigue que *haya querido decir* "soy un soldado alemán", puesto que las palabras en cuestión significan "¿Conocéis el país donde florecen los limoneros?". El error de Grice habría consistido en querer ahormar el *querer decir* algo en la *pretensión de lograr de la audiencia que haga o piense algo*³¹⁹.

Vemos así que las objeciones más relevantes que se han hecho al planteamiento de Grice giran, por un lado, sobre la insuficiencia de su fórmula (o alternativamente su carácter casuístico) y, por otro, en torno a la inutilidad u ociosidad del análisis pues finalmente, en la mayor parte de los supuestos, la comprensión del significado del hablante se produce a partir de la presencia de convenciones lingüísticas. La aportación de Grice valdría, en el mejor de los casos,

³¹⁹Vid., Facione, 1972, p. 81.

para dar cuenta de los casos marginales de comunicación no convencional³²⁰. En la menos benevolente de las interpretaciones, el intencionalismo semántico de Grice es una tesis inaceptablemente contraintuitiva si es que atribuye en exclusiva a los deseos o pretensiones de los hablantes el significado de sus preferencias, pues el solipsismo lingüístico a que tal aproximación nos conduciría haría, entonces sí, muy difícil entender la comunicación. Si es el emisor quien controla y otorga el significado de sus actos de habla, y por tanto éste depende de su intención privada (entendida como un estado mental indiscernible), la comunicación es un sinsentido pues, por definición, dichos estados no podrán ser la base sobre la que el oyente o auditorio apoye su comprensión³²¹. No se entendería además el hecho de que las oraciones en un lenguaje pueden tener significado aunque nunca hayan sido emitidas por ningún hablante en particular³²².

Me parece que esta última lectura del programa griceano no hace justicia a sus pretensiones y resulta desmentida por las propias consideraciones que Grice

³²⁰Vid., Margolis, 1973, p. 685. Vid., igualmente Biro cuando, refiriéndose en general a los intencionalistas semánticos, afirma: "No se puede seguir pensando que puedan 'proporcionar una explicación del significado del hablante...que no depende de alguna noción semántica', porque seguramente no resulta implausible pensar que lo que los miembros de una comunidad de hablantes **dirían o podrían** decir mediante x (una palabra u oración) es dependiente de (¿o equivalente a?) lo que x significa en el lenguaje de esa comunidad, incluso si lo que ellos **quieren decir** (de cuando en cuando) **simplemente no lo es**" (1979, p. 242, énfasis del autor). A favor en cambio de la opción metodológica de tomar como prioritario el 'querer decir' y lo secundario el 'significado' en el análisis del lenguaje, vid., Suppes, 1986, p. 123.

³²¹Vid., Margolis, 1973, p. 685. Por mucho que un hablante se empeñe en querer decir o hacer creer a la audiencia que nieva en el Tibet al proferir '¡Gleeg gleeg gleeg!' no parece sensato decir que '¡Gleeg gleeg gleeg!' significa 'nieva en el Tibet'; vid., Paul Ziff, 1967, p. 5. Como recuerda Alicia a Humpty Dumpty, ambos personajes de *Alicia a través del espejo* de Lewis Carroll, la cuestión es si uno puede hacer que las palabras puedan significar lo que uno desea. Creo que en todo caso, esta visión solipsista del lenguaje no es atribuible a Grice.

³²²Vid., Mark Platts, 1979, pp. 89-90; Avramides, 1989, p. 74 e igualmente Donald Davidson, 1991, p. 356 y Moreso, 1996, p. 239.

vierte en varios de sus trabajos. Él mismo no fue ajeno a las dificultades que encontraba su modelo de análisis cuando el vehículo del significado ocasional (lo que se quiere decir en una circunstancia particular) es una oración que cuenta con un significado 'convencional'³²³. Las intenciones del emisor parece que han de reconocerse en esos supuestos en función del conocimiento del uso reglado o convencional de la misma³²⁴; típicamente pretenderemos decir con nuestras palabras lo que estas *significan*³²⁵, pues en general, como afirma el propio Grice, no cabe tener la intención de conseguir cierto resultado que uno ve difícilmente alcanzable. Ello exige por parte del hablante tener en cuenta que el auditorio al que se dirige ha de ser capaz de creer ciertas cosas y extraer determinadas conclusiones³²⁶. Por tanto, en esos supuestos, la intención no antecede al significado; más bien se usa la convención para comunicar volitivamente y no a la inversa. De tal forma que si consideramos las emisiones lingüísticas como un tipo de acción en general y, por tanto, que saber qué emisión se ha proferido es al menos en parte conocer qué tipo de acto se ha realizado, la identidad de aquella no es dependiente de las intenciones del emisor, como tampoco lo es en el caso de las acciones. Y esa identidad es, en el primer caso, el significado³²⁷. No es, como

³²³Vid., en esa dirección, Ziff, 1967, pp. 2-5; Searle, 1965, pp. 221-239; Wilson, 1970, p. 301 y Moore, 1988, p. 367.

³²⁴Grice, 1969, pp. 160-161. Esa síntesis en el planteamiento de Grice ha sido también señalada por Michael McKinsey; vid., 1983, p. 2.

³²⁵Travis, 1991, p. 255.

³²⁶Vid., Grice, 1969, pp. 158, 161.

³²⁷Biro, 1979, pp. 244, 250-252. Vid. Searle supra. Moore igualmente achaca a Grice no haber prestado suficiente atención a la ambigüedad del término 'emisión' (modelo de oración o acto de habla) y como aquella se pierde en contextos de actos comunicativos que no usan medios convencionales de comunicación. Es cierto que en ellos, lo que significa una emisión tiene que ver con las intenciones del emisor. Es decir si A enfrente de un auditorio chasca sus dedos y este gesto no es convencionalmente conocido, una pregunta por el significado del hablante supone una petición de principio. Lo normal será

afirma Searle, que "El significado, más que un asunto de intención, es también, algunas veces al menos, un asunto de convención"³²⁸, sino que en la mayoría de los casos esta última es la noción más relevante para dar cuenta del significado o cuando menos que, para hacer tal cosa, no debemos pasar por alto que ambas-intención y convención-están estrechamente vinculadas. Incluso en los supuestos en los que *aparentemente* usamos el signo o preferencia de manera no convencional nos apoyamos en la expectativa de que otros rasgos que acompañan al acto de habla (el tono, gestos, etc.) serán percibidos por el receptor para así lograr que este comprenda que, por ejemplo, estamos ironizando o bromeando o haciendo un sarcasmo. Habría también entonces una correlación 'convencional' entre los rasgos de la emisión y la respuesta buscada (comprensión de la ironía por parte de la audiencia, por ejemplo)³²⁹.

Con respecto al reproche de la insuficiencia del *analysans* de Grice, cabe señalar dos cosas. En primer lugar que la muestra de tal infradeterminación se hace a partir de la construcción de ejemplos que precisamente el modelo griceano no puede ni pretende explicar a partir de sus propios presupuestos. Las intenciones comunicativas, que constituyen el objeto principal del análisis de Grice, son, por definición, transparentes. En los supuestos de pretensiones aviesas (o bien acciones

inquirir por lo que *significa* tal gesto, lo cual es aparentemente tratar de conocer las intenciones del emisor. Pero la razón de que eso sea así es meramente que no se trata de un acto convencional. Si lo fuera, preguntar por el significado del gesto de A, ha de entenderse como preguntar por el significado del tipo de acción de la que A es un representante, y esta inquisición no depende de sus intenciones ni de lo que quiso decir A; vid., 1981, pp. 252-253.

³²⁸Vid., 1994, p. 54.

³²⁹El propio Grice los acaba incluyendo en su fórmula; vid., 1969, pp. 163-165. Vid., igualmente, Avramides, 1989, p. 74.

como el soliloquio o (la escritura de un diario) simplemente no hay intenciones comunicativas aunque sí significación; se encuentran excluidos, a priori, del conjunto de casos que Grice se propone explicar³³⁰. En todo caso, y como afirma García-Carpintero, lo que tales acusaciones y contraejemplos muestran no es más que nuestra absoluta incapacidad para aportar una definición de conceptos tales como 'significado' en términos de condiciones necesarias conjuntamente suficientes. Esa es la tónica que, me parece, ha jalonado el decurso de la filosofía del lenguaje y la lección del segundo Wittgenstein (como tendré oportunidad de constatar en 6.5).

La definición griceana habría de ser tomada por tanto como una delimitación suficientemente ilustrativa y prototípica de nuestro concepto intuitivo de significado no natural³³¹. Cuenta con la ventaja, frente a Austin, de aportar una explicación convincente de la noción de acto y efecto perlocucionario; este último correspondería precisamente a los supuestos a los que la fórmula de Grice no da cabida. El efecto ilocucionario sería el que, dados los requisitos de los que depende la presencia de intenciones comunicativas (las exigencias del *analysans* griceano), cabe esperar realizar a través del reconocimiento de la

³³⁰Vid., García-Carpintero, 1996, p. 520 y un sentido parecido de la defensa de Grice en Blackburn, 1984, pp. 116-117. De acuerdo con éste último, el problema de la regresión infinita de intenciones de n ordenes superiores no ha de plantearse cuando hay transparencia en la comunicación, que es precisamente el objeto de análisis de Grice. De tal forma que la cláusula de cierre del *analysans* puede ser simplemente 'la pretensión del hablante de que todas sus intenciones sean reconocidas' (en un sentido parecido a las propuestas de Kemmerling o Neale, y la versión B del *analysans* de Grice; vid., supra nota 310). Podríamos definir entonces el concepto de 'Acción Griceana transparente que pretende inducir la creencia de que p' (*open GAIIB_p*), como aquella acción, " (i) hecha con la intención de inducir la creencia de que p, (ii) confiando su éxito en el reconocimiento de esa pretensión por parte de la audiencia y (iii) realizada por un hablante que quiere que todas sus intenciones sean reconocidas al actuar así"; ibid., p. 116.

³³¹Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 514-518.

intención de producirlos por parte de aquellos en quienes se espera producirlos. El efecto perlocucionario sería en cambio el que no cabe esperar generar de esa forma. Las intenciones perlocucionarias no serían por tanto intenciones comunicativas aunque pueden vincularse con la producción de signos lingüísticos. Son efectos colaterales o secundarios del acto de habla³³².

Me parece, en resumidas cuentas, que planteamientos como el de Grice sí son valiosos pues nos ayudan a refinar nuestra idea, intuitivamente precaria, de qué supone afirmar la existencia de una convención, o guiarse por ella. La virtud que tienen aproximaciones como las del autor que vengo glosando reside precisamente en haber llamado la atención sobre el papel que juegan las mutuas expectativas y pretensiones de los que participan en actos de habla o en general en la comunicación. Pero creo que en ese terreno ha sido la obra de David Lewis la que más luz ha arrojado y la que, entiendo, resulta ser la mejor síntesis entre las perspectivas 'intencionalista' y 'convencionalista' en el análisis del significado³³³. La explicación de este autor acerca de como el surgimiento de una convención obedece a la resolución de un problema de coordinación y los concretos mecanismos y presupuestos que permiten a aquella gestarse, puede darnos algunas claves importantes que nos permitan sortear el obstáculo que ponen sobre el tapete los que achacan a Grice la insuficiencia de su fórmula. Recuerdo que,

³³²Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 538-539.

³³³Según Apel, en Lewis se da la mejor síntesis entre los desarrollos de la teoría de juegos y la perspectiva intencionalista de la teoría del significado; vid., 1986, pp. 58-59. Un análisis híbrido como forma de salir del *impasse* en el que parecen instalarnos los teóricos de la intención comunicativa, por un lado, y los formalistas o convencionalistas semánticos, por otro, ha sido también la apuesta metodológica de Ian Rumfitt, 1995, pp. 827-828, Kuroda, 1989, pp. 658, 669-674, Facione, 1973, pp. 277, 281, Apel, 1986, pp. 55-57, 64 y Blackburn, 1984, p.117.

como mencioné anteriormente, la idea de conocimiento recíproco o mutuo por parte del hablante y su audiencia, trasunto sobre el que discurre la noción de intención comunicativa griceana, parece exigir la posesión de un número infinito de estados mentales (x e y saben que p , x sabe que y sabe que p e y sabe que x sabe que p , x sabe que y sabe que x sabe que p e y sabe que x sabe que y sabe que p , etc.³³⁴). Los sujetos que se comunican no tendrían necesidad de 'replicar' *ad infinitum* razonamientos tales, precisamente por la presencia de una convención lingüística³³⁵: el significado p de una acción x , sería, escribe Blackburn, una 'CAIB transparente' que ha sido *regularizada*. Es decir, una acción hecha, regular, habitual o convencionalmente; con la intención de inducir la creencia de que p , apoyándose, para ser fructífera, en los hábitos de su audiencia (y no ya en al reconocimiento de aquella intención por parte de la audiencia, por un hablante que pretende que todas sus intenciones sean reconocidas al actuar así)³³⁶. Pero, ¿de qué forma llega a formarse aquella regularidad? Esta es la pregunta que Lewis ha tratado de responder a partir, como antes indicaba, de algunos de las nociones del planteamiento griceano que en las páginas precedentes he descrito.

Por ello y aun a riesgo de recargar el desarrollo de la exposición, me parece conveniente describir las líneas maestras de su tesis pues nos permitirá encarar con mayor solvencia el próximo capítulo en el que serán analizadas las vinculaciones necesarias que algunos han querido ver entre la intención de los legisladores y las

³³⁴Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 520-521.

³³⁵Ibid., p. 525.

³³⁶Vid., Blackburn, 1984, pp. 117-118.

condiciones para poder afirmar la existencia de una autoridad práctica y qué presuposiciones están en juego cuando nos aproximamos al derecho y a la Constitución como una especie de la genérica actividad comunicativa.

3.1.2 Intención, significado y convención

El uso del lenguaje pertenece a una clase de situaciones con un carácter común conspicuo; situaciones que Lewis llama 'problemas de coordinación' y que se caracterizarían por las siguientes notas: (1) dos o más agentes deben elegir entre cursos de acción alternativos y su elección no es paramétrica sino estratégica (a saber, depende de sus expectativas sobre lo que harán los demás, pues los resultados que desean los agentes se determinan por las acciones de todos); (2) Algunas combinaciones de las acciones elegidas por los agentes son equilibrios: aquellas en las que cada agente ha hecho lo mejor que puede dadas las acciones de los demás y por tanto nadie se arrepiente de su elección una vez que sabe lo que el resto ha elegido. Ello no supone que una combinación en equilibrio deba producir un resultado que es el mejor incluso para uno de los agentes. Lo que no es posible, dado un equilibrio, es que alguno de los agentes hubiera obtenido más de haber actuado de forma distinta y habiendo elegido los demás exactamente igual; (3) predomina la coincidencia de intereses (a diferencia de los juegos de conflicto puro, de suma cero). Es decir, todo miembro del colectivo prefiere que todos se atengan a la regularidad que logra la coordinación a que todos salvo uno (incluido el mismo) sigan el curso de acción que logra el equilibrio (con ello se distingue entre convención y 'contrato social', contexto éste último que cuenta

con la potencial aparición de situaciones del tipo dilema del prisionero³³⁷). Por último, (4) hay dos o más equilibrios de coordinación propios³³⁸.

De acuerdo con Lewis, los agentes que se enfrentan a un problema de coordinación son más susceptibles de resultar exitosos si actúan de acuerdo con un sistema de adecuadas expectativas mutuas concordantes (*suitably concordant mutual expectations*). En general cada uno hace su parte (una acción que corresponde a un posible punto de equilibrio de coordinación), porque tiene la expectativa de que los demás harán la suya. Si esa confianza no es completa, y así resulta en la mayor parte de los supuestos, el agente ha de sopesar, por un lado, su preferencia de hacer su parte si los demás también hacen la suya y, por otro, el resto de preferencias de actuar de otra forma si el resto no cumple con lo que le corresponde. Optará por lo primero cuando está suficientemente confiado en su expectativa de que los demás actuarán de forma tal que se logre un equilibrio de coordinación. Esto último es por tanto dependiente de que cada uno de los sujetos involucrados incluya en su razonamiento presuposiciones del tipo 'ponerse en la piel de los otros'; esto es, del 'replicar' el razonamiento práctico de los demás para imaginar lo que probablemente harán y actuar en consonancia. Pero parte de ese replicar supone especular cual es la expectativa que los demás contemplan del propio sujeto, lo cual conduce a una regresión al infinito de expectativas. En resumen, la coordinación puede ser racionalmente lograda con la ayuda de un

³³⁷Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 526-527.

³³⁸Lewis, 1986, pp. 5, 8, 14, 24. Un equilibrio de coordinación en sentido propio es aquel resultado que es el que cada uno de los agentes juzga mejor dadas las elecciones de todos (ibid., p. 22).

sistema de expectativas mutuas, de primer o más alto nivel, sobre las acciones, preferencias y racionalidad de los agentes³³⁹.

Este sistema puede generarse por muy distintas vías, pero es en todo caso *la noción central que explica el surgimiento de la coordinación*. De tal forma que el acuerdo explícito no es una alternativa a la presencia del conjunto de mutuas expectativas, sino un medio especialmente efectivo de producirlas³⁴⁰. En ausencia de comunicación entre los agentes, otra fuente que Lewis destaca es, en general, la presencia en la situación de equilibrio de algún rasgo o aspecto 'destacado' o 'sobresaliente' (*salient*). Por ejemplo, por la familiarización que del problema y la solución de coordinación alcanzada tienen los sujetos por haberse presentado previamente³⁴¹. ¿De qué forma? Según Lewis, la definición de logro de la

³³⁹Lewis, 1986, pp. 25, 27-28, 33 e igualmente, Gerald J. Postema, 1982, pp. 174.

³⁴⁰ Cosa que en cambio no ocurre en las situaciones de conflicto que tienen la estructura del dilema del prisionero. Los agentes, aun después de haber coordinado su curso de acción con los demás, siguen prefiriendo que todos salvo él cumplan el pacto. Recuérdese que la no confesión de ambos les supone a cada uno de los sospechosos una pena de (por ejemplo) un año de prisión, mientras que la confesión de uno y la no confesión de otro le reporta al primero la libertad. De tal forma que aun habiéndose puesto de acuerdo para no confesar, para cada uno sigue siendo preferible no atenerse al pacto, mientras que el otro si lo cumpla (hay un punto de equilibrio inestable). Puesto que los dos razonarían de igual forma (no observar el acuerdo) ambos confesarán y obtendrán entonces un resultado subóptimo (2 años de prisión para cada uno). De ahí que, como ha señalado Ullmann-Margalit, sea insuficiente el pacto y se necesite un sistema de sanciones para el incumplimiento (en definitiva un cambio en la matriz de pagos que hará desplazar la preferencia de los agentes hacia el punto de equilibrio *globalmente* mejor para los dos; individualmente considerado sigue siendo un subóptimo); vid., Ullmann-Margalit, 1977, pp. 18-22, 77, 116-118 y Bayón, 1991, pp. 149-156.

³⁴¹Lewis, 1986, pp. 34-35 y Ullmann-Margalit, 1977, pp. 75-76. En realidad, la analogía, familiaridad o existencia de un precedente debe ser relativizada. Como certeramente apunta Lewis, nunca dos situaciones o problemas de coordinación son exactamente iguales, sino que al menos en un aspecto difieren (como mínimo, que en la segunda ocasión se cuenta con la experiencia de la resolución pasada). Por otro lado, la formulación del precedente adolece en todo caso de cierta ambigüedad. Si reparamos en el supuesto de quién ha de llamar nuevamente cuando la comunicación telefónica se corta, podemos contar con que la última vez volvió a llamar el que primero lo hizo. En ese caso ante un nuevo supuesto y en atención a la experiencia pasada, podríamos describir el precedente como: (1) llama el mismo que llamó nuevamente la vez pasada o (2) vuelve a marcar el que llamó primero. La razón por la que para la mayoría los precedentes no son indefectiblemente ambiguos es porque la mayoría de los sujetos percibe las mismas analogías relevantes; vid., Lewis, 1986, pp. 36-38.

coordinación por precedente daría cuenta de la existencia de un conocimiento compartido sobre una regularidad que gobierna el logro de la coordinación en una clase de casos pasados que guardan alguna analogía conspicua entre sí y en relación a nuestro problema presente. Cada nueva acción en conformidad con la regularidad se añade a nuestra experiencia de conformidad en general. Esta nos lleva por la fuerza del precedente a tener la expectativa de conformidad en el futuro. Y esta expectativa es una razón para seguir actuando de acuerdo con la regularidad puesto que la conformidad (acción que preferimos en función de que los demás también lo hagan) produce un equilibrio de coordinación con el que satisfacemos nuestras propias preferencias, etc. Una vez que el proceso arranca tenemos un sistema 'meta-estable auto-perpetuante de preferencias, expectativas y acciones' capaz de persistir indefinidamente. Este es el fenómeno que Lewis llama 'convención': una regularidad R en el comportamiento de los miembros de una población P cuando son agentes en una situación recurrente S es una convención si y sólo si, en cualquier instancia de S entre los miembros de P , (1) todos actúan de acuerdo a R ; (2) todos tienen la expectativa de que todos los demás actuarán de acuerdo a R ; (3) todos prefieren actuar de acuerdo a R en la condición de que los demás lo hagan puesto que S es un problema de coordinación y la conformidad uniforme con R es un equilibrio de coordinación propio en S ³⁴².

Lewis nos indica que el lenguaje es un típico caso de coordinación por el

³⁴²Un equilibrio de coordinación propio es un equilibrio en 'sentido fuerte': la combinación de las acciones elegidas por los agentes es tal que cada agente habría perdido (y no meramente habría dejado de ganar) de haber actuado él de manera distinta; Lewis, 1986, pp. 41-42 y Ullmann-Margalit, pp. 80-81.

paso del tiempo, explicable según el esquema precedente. El lenguaje es sobre todo 'asunto de convención', pero ¿en qué sentido? O ¿con qué alcance? Al decir, prosigue Lewis, que los galeses usan galés por convención, no se quiere decir que sea una convención que los galeses usen el galés. Mas bien, se dice del galés que es una convención entre los galeses que lo usan; en sus propias palabras: "Si usar galés ha de ser considerado una convención, debe ser una regularidad en el comportamiento. No es, por supuesto, *una regularidad que determina completamente el comportamiento del galés*. Este puede decir distintas cosas, o permanecer en silencio, y puede responder a las preferencias de distintas maneras, y aun así estar actuando de acuerdo con la regularidad convencional. Pero esto no es extraño. *Ninguna convención determina todos y cada uno de los detalles del comportamiento*. Un hombre que mienta en galés está usando el galés, pero está violando la convención"³⁴³.

A la anterior definición de convención Lewis añade tres matizaciones: (a) la de ser el caso que es conocimiento extendido en la población que las condiciones (1)-(3) de la primera definición se dan; (b) la existencia de una regularidad alternativa (R') que hubiera podido ser igualmente la que se consolidara como convención y (c) la exigencia de no ser la *totalidad* de los miembros de la población P en cuestión (sino casi todos de los mismos), los que tienen la preferencia de actuar conforme a la regularidad, en función de que casi todos también lo harán, ni la totalidad (sino la mayoría) de los supuestos de la situación recurrente S, los que se necesiten para poder predicar la presencia de una convención (precisión

³⁴³Lewis, 1986, pp. 50-51 (énfasis mío). Vid., igualmente Avramides, 1989, p. 70.

que obedece a razones de adecuación de la definición con las condiciones reales de razonamiento y expectativas de los agentes)³⁴⁴. La introducción de una regularidad, R', alternativa se debe a que la definición ha de dar cuenta del carácter arbitrario de toda convención; de no ser así hablaríamos en puridad de una regularidad por la cual logramos un único equilibrio de coordinación, y a ella nos adecuaríamos en tanto en cuanto es en todo caso lo mejor que podemos hacer³⁴⁵.

Ha de notarse el particular modo en que la noción de convención resulta construida en el planteamiento de Lewis. Para él, y en sus propias palabras, "[T]odo lo que se precisa es un intercambio de manifestaciones de propensión a actuar con arreglo a una regularidad. Dichas manifestaciones pueden ser simplemente muestras de acción conforme en distintas situaciones apropiadas, hechas durante un encuentro 'cara a cara' para crear una convención. Tal intercambio de muestras puede ser llamado un 'acuerdo' sin necesidad de interpretar el término de forma demasiado restrictiva"³⁴⁶. Cuando se afirma que el uso del lenguaje implica el

³⁴⁴La definición definitiva de convención rezaría: "Una regularidad R en el comportamiento de los miembros de una población P cuando son agentes en una situación recurrente S es una *convención* si y sólo si es verdad que, y es conocimiento común en P que, en casi cualquier instancia de S entre los miembros de P, (1) casi todos actúan de acuerdo a R; (2) casi todos tienen la expectativa de que casi todos los demás actuarán de acuerdo a R; (3) casi todos tienen aproximadamente las mismas preferencias con respecto a todas las combinaciones posibles de acciones; (4) casi todos prefieren que cualquiera más que se sume actde de acuerdo a R en la condición de que casi todos actden conforme a R; (5) casi todos preferirían que cualquiera que se sumara actuara de acuerdo a R' en la condición de que casi todos actúen conforme a R', siendo R' alguna posible regularidad en el comportamiento de los miembros de P en S, tal que casi nadie en casi ninguna instancia de S entre los miembros de P podría actuar de acuerdo a R' y a R"; vid., Lewis, 1986, p. 78 (he omitido los pasos intermedios en la formulación final que Lewis indica en pp. 58 y 76).

³⁴⁵Ibid., p. 70 y Ullmann-Margalit, 1977, pp. 81-82.

³⁴⁶Lewis, 1986, pp. 87-88. Un 'acuerdo suficiente' para crear una convención no tiene porque implicar una transacción en la que se haga uso del lenguaje u otra actividad convencional. Con ello se tiene una respuesta frente a la paradoja de la convención lingüística esgrimida por, entre otros, Russell,

seguimiento de reglas, se está aludiendo en realidad de forma simplificada o meramente aproximativa, a la presencia de convenciones tácitas. So pena de incurrir en una descripción inadecuada, no suponemos que las llamadas reglas lingüísticas son mostradas al enseñar el lenguaje (ni siquiera necesitamos suponer que el lenguaje es enseñado) ni que se apela a ellas para criticar la realización lingüística; "Inluestras reglas no serían sólo regularidades en el comportamiento verbal; serán regularidades en el comportamiento verbal, y en las expectativas y preferencias relacionadas con el comportamiento verbal, y en expectativas relacionadas con estas expectativas y preferencias, y así"³⁴⁷. De tal forma que en relación con las reglas semánticas de una comunidad, la determinación del significado de las preferencias utilizadas por los hablantes de la misma, obedece a sus expectativas mutuas sobre las intenciones que generalmente se asocian con tales emisiones. Y de ahí el rasgo de la *autonomía semántica* que escrutaremos en 5.4.2. Porque se dan tales expectativas puede ocurrir que, aunque algunos miembros nunca profieran ciertas oraciones, estas siguen teniendo significado en el lenguaje de la comunidad, y, por otro lado, aunque algún hablante puede emplear la preferencia de forma contraria a las expectativas de los demás, su significado no cambia en esa comunidad³⁴⁸.

La génesis de las convenciones típicas de la comunicación puede ser

Quine y Alston: ¿cómo se habrían entendido los que lograron un acuerdo expreso para usar el lenguaje?; vid., Ullmann-Margalit, 1977, p. 75, y Blackburn, 1984, pp. 118-119.

³⁴⁷Lewis, 1986, p. 107.

³⁴⁸Vid., Avramides, 1989, p. 74.

explicada usando los mismos parámetros que hemos analizado hasta ahora³⁴⁹. Lewis se refiere a las actividades comunicativas de los sujetos como problemas de 'señalamiento' (*signaling problems*), es decir, problemas de coordinación que igualmente decantan, con el paso del tiempo, convenciones de 'señalamiento' o comunicación para lograr equilibrios de coordinación (generadas aquellas convenciones también por la presencia de rasgos sobresalientes-*salient*-, por precedentes o acuerdos explícitos)³⁵⁰. Podemos suponer que $\langle Fc, Fa \rangle$, es un sistema convencional de señalamiento; que λ es una señal en él; que s es el estado de cosas ligado a λ por Fc , y que r es la respuesta sobre la que se vincula λ por Fa . En ese caso podemos denominar λ (en general y en cualquier ocasión particular en la que es dada en conformidad con la convención), una señal convencional de que s se da, y podemos decir que λ convencionalmente significa que s se da o lo podemos llamar la señal convencional de hacer r y entonces λ convencionalmente significa hacer r ³⁵¹. La actuación de acuerdo con la convención de señalamiento está justificada para el proferente en función de un razonamiento que cuenta como premisas con (1) su observación de que se da la situación s ; (2) su deseo de que el receptor haga r si y solo si se da s y (3) su expectativa de que el auditorio hará r si y sólo si emite la señal convencional (λ). El receptor infiere que se da s a partir de (1) la observación de que el proferente emite λ y (2) la expectativa de que

³⁴⁹Vid., también, Strawson, 1991, pp. 339-340.

³⁵⁰Vid., Lewis, 1986, pp. 130-132. En sus propios términos, "[p]odemos definir una convención de señales (*signaling convention*) como cualquier convención mediante la cual los miembros de una población P involucrados como comunicantes o audiencias en un problema de señalamiento determinado S hacen su parte correspondiente a cierto sistema de señalamiento $\langle Fc, Fa \rangle$, actuando de acuerdo a su respectivo plan contingente. Si tal convención existe, llamamos a $\langle Fc, Fa \rangle$ un sistema de señalamiento convencional" (Ibid., p. 135).

³⁵¹En el primer caso hablaríamos de una señal indicativa, y en el segundo imperativa; vid., Lewis, 1986, pp. 143-144.

el emisor profiere λ si y sólo si se da s . Dicha inferencia junto con su deseo de hacer r si y sólo si se da s , conducen a la audiencia a hacer r ³⁵². Podemos entender entonces que la convención será, en los supuestos ocasionales de una proferencia que son los que interesan especialmente a Grice, meramente emergente, difusa o en fase de cristalización. En esos casos no podremos aludir a la presencia de regularidad alguna, como ha señalado oportunamente Davidson³⁵³, pero sí a la resolución de un problema de señalamiento, lográndose el equilibrio entre emisor y audiencia por la existencia de algún rasgo destacado que permite generar expectativas mutuas concordantes entre ambos³⁵⁴. Las convenciones lingüísticas serían regularidades decantadas y autopreservadas según el mecanismo descrito

³⁵²Lewis, 1986, pp. 135-139. Obviamente las acciones idealmente diseñadas para ser señales convencionales son la escritura y el habla, pero puede haber infinitas; id., pp. 141-142.

³⁵³Vid., 1984c, pp. 277-278.

³⁵⁴Vid., Lewis, 1986, p. 154. Así ocurriría en el ejemplo de significado ocasional que plantea Grice (vid., 1969, pp. 162-163) en un intento de responder al usado por Searle del soldado norteamericano antes analizado: un sujeto ha estado escuchando una lección de francés impartida a una joven alumna. Aquel se ha dado cuenta de que ella piensa que una determinada frase significa en francés, 'sírrete un trozo de pastel' cuando en realidad significa algo distinto. A la vista de un trozo de pastel, dice esa oración y, tal y como pretendía, ella se sirve el trozo. Con su proferencia λ ha querido decir 'sírrete un trozo de pastel' o más bien lograr que se sirviera un trozo de pastel? Siguiendo a Lewis, supongamos que λ es un signo perteneciente a un sistema de signos (en nuestro ejemplo, la oración en francés). Sea un estado de cosas s (hay un pastel en la mesa, etc.) y una respuesta r (que la alumna se sirva un trozo de pastel). Supongamos que en nuestro caso, el que ha asistido a la clase de francés es el que comunica y la alumna la audiencia, y que estamos frente a un problema de señalamiento. Habiendo observado que se da s , se emite λ en conformidad con la convención (haber observado que la alumna piensa que λ significa 'sírrete un trozo de pastel'). De acuerdo con Lewis, el sujeto en cuestión *quiere decir algo* (significado no natural) mediante λ ; pretende que λ produzca la respuesta r en la alumna por medio de su reconocimiento de esta intención. ¿De qué modo? La intención con la que se profiere λ puede establecerse examinando el razonamiento práctico que justifica que lo haga. Su decisión de emitir λ habiendo observado s , se basa en su expectativa de que puede así producir r y en su deseo de producirlo. Emite λ con la intención de producir r . El agente tiene la expectativa de que la alumna infiera s en base a la observación de que el hablante emite λ . Espera el reconocimiento de la oyente de su deseo de producir r condicionado a que se dé s . El emisor espera que la alumna reconozca su expectativa de que puede producir r al emitir λ , con lo cual tiene la expectativa del reconocimiento de la alumna de su intención de producir r cuando observa que emite λ . La expectativa del emisor de que puede producir r al emitir λ se basa también en su expectativa de que la alumna reconocerá su deseo de producir r condicionalmente sobre la base de que se da s , y en función de su expectativa de que la alumna reconocerá su expectativa de que puede producir r al emitir λ . Ambas premisas constituyen al tiempo su expectativa de que la audiencia reconocerá su intención y la razón de tener la expectativa de que su intención será cumplida, con lo cual tiene la expectativa de que el reconocimiento de su intención será efectiva en la producción de su respuesta. Vid., Lewis, 1986, p. 155.

por Lewis, a partir de las intenciones comunicativas de los sujetos, asentadas en el interés general por la satisfacción de dichas intenciones³⁵⁵.

En definitiva, un signo convencional producido en conformidad con la convención apropiada debe significar (no-naturalmente) algo, pero no en caso contrario; esto es, una señal convencional dada sin seguir la convención apropiada no implica querer decir algo (significado no-natural). Es lo que ocurre en los ejemplos planteados contra la teoría semántica de Grice. Bien cuando el emisor pretende *engañar* (su signo significará no-naturalmente lo usual, pero el emisor estaría violando la convención); bien cuando *el proferente está equivocado* sobre las convenciones prevalentes y quiere decir algo mediante una acción que cree es un signo convencional (su razonamiento, expectativas, preferencias e intenciones serán las mismas, siendo la única diferencia que no logra provocar la respuesta pretendida); bien porque tiene la *expectativa de que su audiencia esté equivocada* sobre las convenciones prevalentes (esto es lo que ocurre en el ejemplo de Searle del soldado americano), o bien porque el emisor puede querer decir algo *sin pensar que está actuando conforme a una convención*, y sin tener la expectativa de que la audiencia lo pensara (ejemplo de Strawson de la evidencia arreglada)³⁵⁶. Con todo lo cual, y sentenciando de forma más radical que Searle, afirma Lewis que "Una vez que hemos captado el aspecto convencional la tarea ha terminado. Hemos captado el aspecto intencional también"³⁵⁷.

³⁵⁵Vid., García-Carpintero, 1996, p. 528.

³⁵⁶Vid., Lewis, 1986, pp. 157-158.

³⁵⁷Ibid., p. 159. Vid., en el mismo sentido, Margolis, 1973, p. 684 y Facione, 1973, pp. 282-283.

Esta reducción de la actividad lingüística o comunicativa a lo convencional no ha resultado inmune a las críticas de destacados filósofos del lenguaje, y como veremos en 6.5, ha de enfrentarse con las objeciones escépticas sobre la noción de seguir una regla planteadas por Saul Kripke. Para Donald Davidson, el conocimiento general que el hablante y la audiencia han de tener de las pistas-*clues*- relevantes o rasgos destacados (*salient*) para que interpreten de igual manera lo que el primero dice, es difícilmente reducible a reglas y mucho menos a convenciones o prácticas. Lo que es convencional en el lenguaje es que la gente tiende a hablar lo mas parecido posible a como lo hacen sus vecinos, pero con ello no explicamos más que la convergencia³⁵⁸; en sus propias palabras:

*En conclusión, pues, quiero insistir en que la comunicación lingüística no exige, aunque muy frecuentemente hace uso de, repetición gobernada por reglas; y en ese caso, la convención no ayuda a explicar lo que es básico en la comunicación lingüística, aunque puede describir un rasgo usual, aunque contingente, de ella... la convención no es una condición del lenguaje. Sugiero, entonces, que los filósofos que hacen de la convención un elemento necesario del lenguaje han invertido los términos. La verdad es, por contra, que el lenguaje es una condición para tener convenciones*³⁵⁹

No es misión de este trabajo resolver la disputa entre, finalmente, dos reduccionismos. Tan sólo dar cuenta de que ninguno de ellos puede dejar, en último término, de conceder algo de razón al adversario. Hay, entre los intencionalistas o teóricos de la comunicación y los convencionalistas a la Lewis, un buen número de presupuestos compartidos. Ambos convendrían que los

³⁵⁸Vid., 1984c, p. 278. Igualmente, Blackburn quien, en conclusión, apunta que el trabajo de Lewis es más fructífero en la explicación de cómo las regularidades de significado pueden ser convencionales, que en lo que hace al mostrar que ello deba ser así; vid., 1984, p. 122.

³⁵⁹1984c, p. 280.

significados de las oraciones en un lenguaje se determinan en gran medida por las reglas semánticas y sintácticas de ese lenguaje, así como el hecho de que las convenciones lingüísticas son el medio más poderoso o por excelencia de la comunicación: que la pretensión de los hablantes de comunicar mediante sus preferencias está habitualmente relacionada con los significados convencionales de éstas³⁶⁰. La discrepancia radica más bien, como ha señalado Strawson, en la *comprensión* de aquellas reglas. Para los primeros, es la función social de la comunicación lo que nos proporciona el entendimiento de las mismas. Para los segundos la clave reside en la noción de condiciones de verdad (y, en esto sí, coincidirían Lewis y Davidson³⁶¹).

Esta es la conclusión a la que llega el primero tras inquirir por la forma en que podemos determinar cuando un posible lenguaje S es el lenguaje real de una población P. ¿Qué relación debe haber entre S y P para afirmar tal hecho? La respuesta obvia es que los miembros de P usan S, pero esto es poco informativo; lo deben usar de cierta manera. Alternativamente cabría entender que los miembros de P deben dar a las oraciones de S las interpretaciones asignadas a dichas oraciones por S. Esta es otra respuesta de escaso alcance explicativo hasta tanto no dilucidemos qué tipo de acción es dar una interpretación a una

³⁶⁰ Así, aunque Grice niegue que haya una conexión esencial entre significado y convención (lo esencialmente conectado es alguna forma de fijar lo que las oraciones significan y la convención es una de esas formas pero no la única), sí afirma que decir lo que una palabra significa en un lenguaje particular es decir en general lo que, para los hablantes del mismo, resulta óptimo hacer con esa palabra (criterio de optimalidad del comportamiento; vid., H. P. Grice, 1989, pp. 298-299 e igualmente Schiffer, 1982, p. 126).

³⁶¹ Strawson, 1991, p. 341. Vid., Donald Davidson, 1984a, pp. 17-36. En contra de la aproximación basada en las condiciones de verdad, vid., Gilbert Harman, 1991, pp. 567-568.

oración³⁶². La solución se encuentra en la *idea de veracidad*; en los propios términos de Lewis,

*Estamos tratando de encontrar lo que los miembros de una población P deben hacer para predicar que un cierto posible lenguaje S es su lenguaje-que usan S, en el sentido que buscamos. Es seguramente algo que hacen de acuerdo con una convención: algo que todos los que pertenecen a P hacen porque tienen la expectativa de que sus colegas conversacionales en P lo harán también, y porque un interés común en la comunicación les conduce a querer hacer su parte si ellos hacen la suya... Mantendré que la convención de lenguaje mediante la que los miembros de una población P usan un posible lenguaje S puede ser mejor descrita como una convención de veracidad en S*³⁶³

Si el lenguaje S es el lenguaje de P, encontraremos una regularidad R de veracidad en S. Los miembros de P intentarán, casi siempre, evitar proferir oraciones que no son verdaderas en S (la regularidad es tratar de ser veraz, no de conseguir serlo), dándose todas las condiciones que Lewis exige para ver en dicha regularidad una convención uniforme: logro de un equilibrio de coordinación a partir de elecciones estratégicas de los hablantes, conocimiento compartido etc. (vid. supra)³⁶⁴. Ahora bien, la convención de veracidad no se aplica igualmente para el caso de las emisiones indicativas e imperativas, con el resultado de que 'constrañe' de distinta forma al proferente y al receptor. En el primer supuesto

³⁶²Vid., Lewis, 1986, pp. 176-177.

³⁶³Ibid., p. 177.

³⁶⁴Id., pp. 178-179. Afirma Lewis, "Podemos decir que una señal λ es verdadera en P en una instancia de S si y solo si hay algún adecuado sistema de señalamiento que es convencionalmente adoptado en P y λ es verdad en ese sistema en esa instancia de S"; vid., Lewis, 1986, pp. 149-150. Es esta una concepción tarskiana de la verdad (verdad-en-un-lenguaje-dado, L) que se enfrenta a serios cargos de ser construida circularmente como, entre otros muchos, ha puesto de manifiesto Strawson: determinamos el significado de las oraciones por las reglas que indican las condiciones de verdad y cuando inquirimos por lo que son las condiciones de verdad se responde que el concepto de verdad para un lenguaje dado se define por las reglas que determinan las condiciones de verdad para oraciones de ese lenguaje; vid., Strawson, 1991, p. 345.

(preferencias indicativas o signos informativos), la constricción se produce en el comunicante pero no en la audiencia. Cada comunicante quiere ser *veraz* en S porque esa es la expectativa a la que han llevado a la audiencia los anteriores comunicantes. La audiencia meramente escucha y quizá forma creencias a partir del conocimiento de que el comunicante está siendo veraz en S³⁶⁵. El receptor meramente *confía*. En el caso de los imperativos los papeles se invierten. Es el proferente el que confía, si bien la convención le aconseja emitir 'óptimamente' (*as seems best*), bajo la asunción de que la audiencia puede ser *veraz*. Es decir, *dada la relación de autoridad*, emite aquellos imperativos que quiere que la audiencia haga verdaderos en el lenguaje S y que la audiencia puede hacer verdaderos en dicho lenguaje dentro del rango de control aceptable. Son los receptores los que son veraces ante un signo petitorio³⁶⁶. En sus propias palabras la convención de veracidad sería constatada de la siguiente forma: "Si un miembro x de P piensa que ha sido la audiencia pretendida de una preferencia por otro miembro y de P de una oración imperativa λ de S, y si y y x tienen-y es conocimiento compartido entre ellos que tienen-un interés común en hacer posible a y controlar las acciones de x dentro de un cierto rango mediante la preferencia de expresiones verbales, y si hay alguna acción en ese rango mediante la cual x puede tratar de hacer λ verdadero en S entonces x intenta hacer λ verdadero en S"³⁶⁷.

La convención de veracidad de Lewis no es sino una expresión del principio

³⁶⁵Vid., Lewis, 1986, pp. 179-180.

³⁶⁶Ibid., pp. 150, 185-186; García-Carpintero, 1996, pp. 529-531.

³⁶⁷Vid., Lewis, 1986, p. 185. Hay que advertir que el propio Lewis nos previene de que todo su análisis no pretende dar cuenta de las oraciones *ambiguas* del lenguaje S; ibid., pp. 192-194.

de caridad con el que iniciamos el análisis en el capítulo anterior. También es un presupuesto que informa las máximas pragmáticas de la conversación que Grice postuló como instrumento del que disponen los hablantes para cuando es el caso que el 'principio cooperativo' que gobierna aquella aparece *prima facie* vulnerado. Mediante ellas se generan las que este autor denomina 'implicaturas conversacionales'³⁶⁸ que responden a lo que comunmente rotulamos como 'sobreentendidos': conclusiones que se intenta que el auditorio alcance al reflexionar sobre las razones que el hablante tiene para decir lo que se dice, sobre la base de que está respetando el principio de cooperación³⁶⁹. El presupuesto de éste es que, en palabras del propio Grice (y no muy disímiles del tenor general de la aproximación de Lewis), "Nuestras conversaciones no son habitualmente sucesiones de observaciones inconexas y no sería racional que así fuese. Hasta cierto punto, son esfuerzos cooperativos de forma característica. Cada partícipe se apércibe de que hay en ellas, en alguna medida, un propósito común o conjunto

³⁶⁸El significado convencional de las palabras usadas determina en ciertas ocasiones lo que se implicó, y en ese caso hablaríamos de 'implicaturas convencionales' (aunque esta es, como señala García-Carpintero, una noción oscura; vid., 1996, p. 499, n. 5). Frente a ellas las implicaturas 'no-convencionales', 'conversacionales', o significaciones contextuales u ocasionales de los hablantes que hemos visto anteriormente; así por ejemplo, con la preferencia de "el periódico ha llegado", el hablante habrá querido responder a la pregunta de alguien por la hora qué es. El significado de la implicatura no es parte del significado lógico o convencional de la preferencia tomada fuera de contexto; vid., 1991, pp. 514-516. La definición de implicatura conversacional rezaría: "Una persona que al (o por el hecho de) decir (o de hacer como si dijera) que p ha implicado que q ha implicado conversacionalmente que q, supuesto que: 1) se supone que está observando las máximas conversacionales, o al menos el principio cooperativo; 2) es preciso el supuesto de que dicha persona es consciente de, o piensa que q, a fin de que el que haya dicho, o haya hecho como si dijera que p sea consistente con este supuesto; y 3) que el hablante piense (y espere que el oyente piense que el hablante piensa) que está dentro de la competencia del oyente determinar, o captar intuitivamente, que el supuesto mencionado en 2) es necesario"; ibid., pp. 520-521. Vid., igualmente Srikant K. Sarangi y Stefaan Slembrouck, 1992, p. 118; Richard E. Grandy, 1989, pp. 516-518; Neale, 1992, p. 525; Travis, 1991, p. 237 y S.G. O'Hair, 1969, pp. 41, 46. *Implicature* es el neologismo usado por Grice. Su traducción por 'implicación' provocaría que se entendería la noción en su acepción de relación lógica que es precisamente lo que Grice quiere evitar (en la versión castellana de "Logic and Conversation" de Juan José Acero, también se utiliza 'implicatura', así como en García-Carpintero, 1996, pp. 492-502).

³⁶⁹Vid., Grice, 1991, p. 530. Vid., igualmente Gilbert Harman, 1991, p. 579.

de propósitos comunes, o al menos una dirección mutuamente aceptada"³⁷⁰, y de ahí el principio general que los participantes en la comunicación habrían de observar: "Haga usted su contribución a la conversación tal y como lo exige, en el estadio en que tenga lugar, el propósito o la dirección del intercambio que usted sostenga. A este principio podríamos bautizarlo el PRINCIPIO COOPERATIVO"³⁷¹. Este genera las máximas antes aludidas y que Grice divide en cuatro categorías: 'cantidad', 'calidad', 'relación' y 'modo' (*quantity, quality, relation, manner*), las cuales se subdividen a su vez en submáximas³⁷². En definitiva, y como antes se ha señalado, la implicatura conversacional griceana responde al principio de caridad, y presupone la existencia del significado literal de las palabras, y por tanto el rasgo de la autonomía semántica de las oraciones de un lenguaje con respecto al estado mental de los hablantes (creencias, deseos y propósitos)³⁷³. La implicatura resulta, como certeramente afirma García-Carpintero, de la interpretación posible de las palabras a partir de la significación convencional de las mismas y del conocimiento compartido y asumido del contexto en el que transcurre el intercambio lingüístico. Una implicatura conversacional es un significado diferente del literal o

³⁷⁰Vid., 1991, p. 515; vid., también, p. 519.

³⁷¹ Ibid., p. 516.

³⁷²La máxima de *cantidad* en dos postulados: (1) "Haga usted que su contribución sea tan informativa como sea necesario (teniendo en cuenta los objetivos de la conversación)" y (2) "no haga usted que su contribución resulte más informativa de lo necesario". La máxima de *calidad* es la que asociaríamos con la exigencia de ser veraz: "intente hacer de su contribución una verdadera". Se dividirla a su vez en dos sub-máximas: (1) "no diga usted lo que crea que es falso" y (2) "no diga usted aquello de lo cual carezca de pruebas adecuadas". La máxima de *relación* impone el deber de ser 'relevante' en la transmisión de información, o en otras palabras, de no incurrir en *non sequiturs*. La máxima de *modo* exige la 'perspicacia' de los hablantes, lo cual es implementado con cuatro sub-máximas: (1) "evite usted ser oscuro al expresarse"; (2) "evite ser ambiguo"; (3) "sea usted escueto (y evite ser innecesariamente prolijo)" y (4) "proceda usted con orden"; vid., Grice, 1991, pp. 516-517). Con respecto a la caracterización de estas máximas en el ámbito jurídico, vid., Geoffrey P. Miller, 1990, p. 1192 y Raz, 1986b, p. 1106.

³⁷³Vid., García-Carpintero, 1996, p. 499.

convencional que el hablante intenta transmitir, apoyándose para ello en que la hipótesis de que eso es lo que está haciendo (emitir un significado conversacional, no literal) es el único supuesto razonable que nos permitiría ver como meramente aparente el conflicto entre lo proferido y las máximas conversacionales, y que la audiencia puede colegir tal conclusión. La explicación alternativa y más obvia que el receptor podría imaginar (lo comunicado tiene el significado que se vincula con la convención o literalidad) sí provoca una disparidad con las máximas conversacionales de la que no podríamos racionalmente dar cuenta³⁷⁴.

En resumen pues, la distancia entre las teorías semánticas basadas en la intención y las que se apoyan en alguna suerte de correspondencia (con las condiciones de verdad o en general con reglas convencionales) creo que se aminoran cuando finalmente las intenciones semánticas del hablante pueden especificarse en función de las condiciones de vinculación necesarias para el éxito de su emisión³⁷⁵.

En todo caso, mi pretensión en las anteriores páginas ha sido poner de manifiesto la implausibilidad del reduccionismo intencionalista de los que, como Fish, entienden que indefectiblemente la interpretación supone extricar los propósitos o intenciones de los hablantes y, en cambio, la posibilidad siempre presente de poder diferenciar entre el significado de una oración y el conjunto de intenciones de un hablante al emitirla en una ocasión particular-lo que se quiso

³⁷⁴García-Carpintero, 1996, p. 497.

³⁷⁵Searle, 1986, pp. 212-213, 215-217, 226.

decir- o, si se prefiere, entre la 'fuerza' de la ilocución y su 'significado'. Como ha afirmado Davidson, esa independencia entre el propósito ulterior de una proferencia y su significado literal radica, precisamente, en que este último no puede derivarse del primero³⁷⁶.

Cuando aludí al debate entre interpretativistas y no-interpretativistas como primera denominación del que actualmente analizamos (originalistas frente a no-originalistas), afirmé que, en realidad, la cuestión sustantiva subyacente es la de qué carácter asignamos o qué consideramos sea el 'significante' o 'material' que interpretamos mediante la atribución de significado (en nuestro caso la Constitución). La insistencia en la reverencia a los propósitos de sus redactores (especialmente cuando se hace mediante el expediente del recurso a sus 'paradigmas pretendidos' o *intended exemplars*) conduce a pensar que se maneja una noción de la misma en términos de orden o mandato; que la concepción del derecho subyacente tiene los caracteres del positivismo imperativista austiniano.

Recientemente, autores como Raz y Marmor, fundamentalmente, han defendido que alguna suerte de deferencia a las intenciones o propósitos del

³⁷⁶ Este rasgo del lenguaje (que Davidson denomina 'principio de la autonomía del significado') tiene para este autor carácter esencial; vid., 1984c, p. 274. Vid., en esa línea Hurd y Raz que derivan la siguiente conclusión: porque no se da una relación unívoca entre las intenciones o pretensiones del emisor al realizar el acto de habla y el significado de la expresión proferida, es por lo que podríamos recurrir a la primera para elucidar la segunda y la razón por tanto de que el originalismo tenga *prima facie* algún sentido; vid., Hurd, 1990, pp. 966-967, y Raz, 1996a, p. 355. Por otro lado, el mencionado rasgo de 'autonomía semántica' tan central en el planteamiento de Schauer, ha llevado a Simon a caracterizar la teoría del lenguaje que aquel maneja de 'Groucho Marx' (concurso televisivo en el que el concursante ganaba premios si inadvertidamente mencionaba la 'palabra secreta' de ese día en el concurso). Es decir, para Schauer, prosigue Simon, no importa si hay acto intelectual o teleológico que subyace al lenguaje empleado; la autoridad de la constitución se basa simplemente en el hecho de que el documento usa las 'palabras secretas'; Simon, 1985b, pp. 635-636.

edictor de las normas ha de hacerse como exigencia conceptual para poder hablar de la existencia de autoridades: la autoridad de la Constitución, como la de las normas en general, derivaría de la autoridad de los que la establecieron. A comprobar el alcance de esta vinculación entre intención y autoridad jurídica se destina el siguiente apartado, si bien he de advertir en este momento que no haré a lo largo del mismo un análisis exhaustivo de dicha conexión, sino que tan sólo desarrollaré un primer esbozo. El 'anclaje fuerte', entre la teoría sobre la interpretación jurídica de estos autores y su concepción de la autoridad legítima se reserva para el capítulo 6, pues la misma me permitirá mostrar mejor lo que denomino el 'dilema del intencionalismo'.

3.2 Intención y autoridad

3.2.1 La Tesis de la Intención Autoritativa

El reduccionismo de Fish que he tratado de objetar en el apartado anterior coincide con lo que Joseph Raz ha denominado 'Tesis Radical de la Intención', según la cual una interpretación jurídica (o constitucional a nuestros efectos) es correcta si y sólo si refleja la intención del autor³⁷⁷. Esta tesis es errónea, nos dice Raz, no por cualquier razón. En particular no porque las intenciones del edictor sean absolutamente irrelevantes para el intérprete³⁷⁸. Son relevantes no sólo por razones de índole democrática, sino porque una total indiferencia a las mismas impide hablar de autoridad práctica alguna; esto es, de las condiciones que pueden ser tomadas para establecer que una persona ha de ser reconocida como poseedora de autoridad frente a otra³⁷⁹. En palabras del propio Raz, "Cualquiera sea la justificación-real o supuesta-para otorgar poder legislativo a alguna institución, tal otorgamiento no tendría sentido a no ser que las leyes hechas por esas instituciones sean las leyes que pretenden hacer... Dar a una persona o institución poderes legislativos es confiarles el poder de hacer derecho mediante actos que pretenden hacer derecho, o al menos adoptados en el conocimiento de que hacen derecho"³⁸⁰. Este mismo autor prosigue más adelante: "Illa

³⁷⁷ 1996b, p. 256.

³⁷⁸ Ibid., pp. 256-258. Tampoco es una razón atendible contra la tesis radical, la imposibilidad de conocer o determinar las intenciones del legislador. Puede que en ocasiones, indica Raz, haya incertidumbres acerca de las mismas, pero esto es algo que en general podrá ocurrir sea cual sea la visión de la interpretación que uno adopte. Por otro lado no es disparatado atribuir intenciones a grupos, corporaciones o instituciones. Si dentro de ellas sus miembros pueden actuar intencionalmente tras arduas deliberaciones sobre la pertinencia de una determinada norma, pueden tener intenciones; *ibid.*, pp. 256-258, 263-264.

³⁷⁹ Raz, 1996b, pp. 256-258; Andrei Marmor, 1992, p. 176 y Earl M. Maltz, 1987a, pp. 52-53.

interpretación de las leyes etc., de acuerdo con las intenciones de los autores es un rasgo universal de los sistemas jurídicos que reconocen la legislación como fuente del derecho y así se implica por la propia noción de legislación. En otras palabras, la interpretación conforme con la intención legislativa es demandada por cualquier teoría de la autoridad concebible realistamente³⁸¹. Raz nos propone que asumamos lo contrario para ver las implausibles consecuencias que se derivarían. Las normas legislativas no guardarían relación con el derecho que el legislador pretende crear; este no podría predecir qué normas se establecen al aprobarse alguna pieza legislativa. Si todo ello fuera así, la composición de la legislatura y el procedimiento de selección serían aspectos irrelevantes de la generación de normas jurídicas. Parece que habría un mecanismo invisible que aseguraría la producción de normas deseables independientemente de los deseos o creencias de los legisladores³⁸²; tomando en préstamo la distinción davidsoniana, aquellas serían no el producto de acciones humanas sino 'acaecimientos' o 'cosas que pasan' (vid. supra nota 288).

Si se recuerda la idea rectora de la semántica griceana que se expuso en el anterior apartado, la conclusión del razonamiento que un emisor pretende de su audiencia cuando significa no-naturalmente algo es la formación de una intención de que haga algo si el signo comunicado tiene naturaleza 'petitoria' (la diferencia

³⁸⁰Raz, 1996b, p. 258.

³⁸¹Ibid., p. 280; 1996a, p. 359 e igualmente en 1995, p. 165.

³⁸²Raz, 1996b, pp. 258-259. Simon también ha insistido en el carácter ancilar de las teorías sobre el significado constitucional en relación con la teoría sobre la autoridad de la misma; vid., 1985b, pp. 609, 631-632.

del carácter teórico del razonamiento que se pretende inducir en el receptor siendo lo comunicado una información). Frente a los contraejemplos al *analysans* griceano basados en la potencial presencia de pretensiones aviesas o mendaces por parte del proferente, se indicó como tanto en la emisión de indicativos como de imperativos en los casos prototípicos de comunicación, bajo el esquema de Grice, las intenciones son transparentes. Y ello se explica, en último término porque, como señala García-Carpintero, "leis un hecho sobre los seres humanos el que, en ciertas situaciones, la mejor razón que podemos tener para juzgar algo es que otro quiere que lo juzguemos, y *la mejor razón que podemos tener para hacer algo es que otro quiere que lo hagamos*"³⁸³. Ahora bien, ¿es meramente el reconocimiento de la intención del emisor de que hagamos algo lo que conferirá a su preferencia el carácter de mandato o al signo utilizado la fuerza petitoria o de obligación? ¿Cuáles son esas situaciones en las que la mejor razón que podemos tener para hacer algo es que otro quiere que lo hagamos y por tanto es recomendado averiguar sus pretensiones o propósitos si lo que 'ordena' es dudoso? En este apartado, como antes advertí, sólo me centraré en la primera pregunta. El escrutinio de la contestación que a la segunda nos proporcionan Raz y Marmor se hará en 6.2 y 6.3.

Como antes he indicado, la tesis radical de la intención podría asociarse con una visión imperativista del derecho a *la Austin* o sustentarse en una descripción hobbesiana de la legislación que concibe las normas como puros mandatos³⁸⁴. No

³⁸³Vid., 1996, p. 513 (énfasis mio).

³⁸⁴Así Waldron, 1995, pp. 330-332.

es este el caso de Raz o Andrei Marmor quienes, ante las sobradamente conocidas deficiencias de ese modelo imperativista para explicar el fenómeno jurídico, apuntan en cambio a la consideración del derecho como un 'producto comunicacional'³⁸⁵, inclinándose ambos por ello en favor de una versión muy modesta del originalismo o intencionalismo que Raz denomina "Tesis de la Intención Autoritativa", apoyada sobre la asunción de que, en tanto en cuanto el derecho es el fruto de un acto deliberado, su interpretación debe reflejar las intenciones del que lo genera³⁸⁶.

Antes de entrar a considerar los méritos de ese modelo comunicacional y de la vinculada versión austera del originalismo conviene que exponga las razones del rechazo al imperativismo pues a partir de ellas podremos alcanzar a comprender mejor las propuestas de Raz y Marmor.

3.2.2. El papel de las intenciones en los mandatos y en la legislación

Como ya sostuvo Neil MacCormick, una de las principales razones para no asumir el modelo imperativista del derecho se debe a su confusión entre actos de voluntad (*acts of will*) y deberes (*oughts*); esto es, la equiparación entre lo normativo y lo imperativo (indistinción que aquel describe como 'falacia imperativa'³⁸⁷), así como la afirmación de que todas las normas derivan

³⁸⁵Vid., Marmor, 1995, pp. 322, 329, y Raz, 1996b, p. 284. Defender el imperativismo austriaco sería algo así como cometer un 'suicidio intelectual'; vid., Marmor, 1995, p. 304.

³⁸⁶Raz, 1996b, p. 259 y en la misma línea, Michael J. Perry, 1994, p. 48.

³⁸⁷Vid., 1973, pp.100-101.

necesariamente de actos de mandar u ordenar (*commanding*) o asimilados a estos³⁸⁸. Para ilustrar la falacia imperativa, la argumentación de MacCormick gira en torno a la doble distinción entre, por un lado, las ordenes o mandatos frente a otros actos de habla similares (identificando así los elementos característicos del mandato) y, por otro, a la diferencia entre éste y la legislación.

En principio, podemos entender que mandar es en general un acto de habla en el que están presentes dos elementos: una conducta observable y una intención por parte del ordenante. La conducta no es sino la emisión de un cierto tipo de locución que normalmente tiene atribuida una fuerza ilocucionaria de acuerdo con ciertas convenciones. La expresión por parte del hablante u ordenante se dará típicamente en modo imperativo pero esto, como apunta MacCormick, no es un requisito esencial como se muestra en las expresiones del tipo 'prohibido fumar' y similares³⁸⁹. No siendo la estructura lingüística del enunciado lo que nos proporciona la clave, ha de ser la *intención* del emisor la que identificará lo proferido como un mandato. Esa intención, que MacCormick denomina 'interna', representa la pretensión que el hablante tenga acerca de como ha de entender el oyente su preferencia. Esto es, en el supuesto de una orden, la intención de que el receptor tome el signo como petitorio. Como ya sabemos, en ese caso se pretende del oyente la formación de un propósito de hacer algo (precisamente lo

³⁸⁸MacCormick, 1973, p. 102.

³⁸⁹Se trata, en general, de actos de habla 'indirectos', como cuando por ejemplo utilizamos el modo interrogativo para, en realidad, hacer una petición: "¿puedes pasarme la sal?"; Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 500-501.

que el proferente desea), y no meramente la generación de un juicio³⁹⁰. Lo que uno intenta lograr al emitir la orden es descrito por MacCormick como 'intención ulterior'³⁹¹ (que el destinatario realice alguna acción). No es esta última, si nos fijamos, la que nos ayuda a discriminar ante qué tipo de acto de habla (ruego, petición, etc.) nos encontramos, pues todos ellos son, también, expresiones producidas por parte del hablante para inducir a que el oyente haga algo. Por otro lado, *la intención ulterior no es ni siquiera necesaria si reparamos en los casos en los que no se da un mandato sincero*³⁹². Como afirma Rumfitt, "Al igual que U puede afirmar que p sin pretender que A crea que p, puede ordenar a A hacer M sin pretender que haga M. Indudablemente, puede tener la intención completa de que A no haga M y emitir la orden simplemente para 'cubrirse las espaldas' en caso de que A yerre al hacer M"³⁹³. Todo intento de equiparar ordenes con preferencias que manifiestan un tipo particular de pretensión por parte del hablante está condenada al fracaso³⁹⁴, salvo que aseguremos que no existe esa intención fraudulenta por parte del mandante u ordenante (M). En resumen, este debe pretender, nos dice MacCormick, que el auditorio A tome su preferencia "Haz M" como desveladora de un deseo de que A haga M y de una intención de inducirle a hacerlo en virtud de su reconocimiento de dicha intención³⁹⁵. Lo cual no es muy

³⁹⁰Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 510-511, y supra apartado 3.1.1.

³⁹¹MacCormick, 1973, pp. 103-104.

³⁹²Ibid., pp. 104-105. Vid., también, Juan Carlos Bayón, 1991, p. 265.

³⁹³Rumfitt, 1995, p. 852; G.E.M. Anscombe, 1991, p. 44 y Blackburn, 1984, p. 125. Vid., Hart en la misma línea mencionando como mandato insincero la orden dada por Dios a Abraham para sacrificar a su hijo; vid., 1982, p. 247.

³⁹⁴Rumfitt, 1995, p. 852.

³⁹⁵MacCormick, 1973, p. 105.

distinto del análisis griceano del significado no natural de las preferencias que vimos en el anterior apartado³⁹⁶. La intención 'ulterior' se correspondería con el requisito de captación (*uptake*), y la 'interna' englobaría los de reflexividad, doble reflexividad y 'no mendacidad' (o no manipulación) que exigía la fórmula refinada de Grice. Adaptando esta al mandato tendríamos el siguiente *analysans*: M ordenó hacer r es verdad si y sólo si, dada una audiencia A, M emitió M pretendiendo: (1) inducir en A la realización de r; (2) que A reconociera por la emisión de M que M pretende (1); (3) que el cumplimiento de A de (1) se basara en el cumplimiento de A de (2) y (4) que no existe un elemento de inferencia E tal que M emitió M pretendiendo al tiempo (1') que la determinación por parte de A de la respuesta r se basara en E y (2') que A pensara que H pretendía que (1') fuera falso³⁹⁷. Esto es lo que 'normalmente', precisa MacCormick, harán los ordenantes. Podemos presumir que se cumple esa convención de veracidad o autenticidad, en términos de Lewis, en tanto en cuanto aquellos pretenden proferir sus mandatos 'optimamente'. Recordemos que de acuerdo a Lewis, *dada la relación de autoridad* (y en esta noción como enseguida veremos reside la clave), el ordenante emite aquellos imperativos que quiere que la audiencia haga verdaderos en el lenguaje S y que la audiencia puede hacer verdaderos en dicho lenguaje dentro del rango

³⁹⁶De hecho, en el trabajo de 1986 Bankowski y MacCormick señalan como su distinción entre actos de habla formales e informales es deudora de la semántica de Paul Grice (vid., p. 125). En la lectura que Hart hace de la concepción benthamiana de los imperativos, objeta a Bentham no haberse percatado de que el ordenante no solamente pretende de su audiencia que reconozca su deseo de que actúe como ordena, sino que su intención al ordenar es hacer que el oyente cumpla lo ordenado mediante el reconocimiento de que el ordenante ha proferido el mandato con tal pretensión. Es decir, el ordenante pretende que el receptor reconozca el dar la orden como un paso intencionalmente tomado hacia el cumplimiento de la intención del mandante de hacer que el destinatario actúe. La explicación de Bentham carecería en definitiva de la condición típicamente griceana con la que ya estamos familiarizados; vid., Hart, 1982, pp. 251-252.

³⁹⁷Como a estas alturas sabemos, la cláusula (4) o exigencia de 'transparencia' obedece a la necesidad de evitar la regresión infinita de pretensiones por parte del hablante.

de control aceptable. Una persistencia de insinceridad sería, para el proferente, autofrustrante a la larga para su propia posición de ordenante³⁹⁸.

Pero si bien es cierto que con la fórmula que antecede tenemos las condiciones necesarias para la existencia de un mandato u orden sincero, las mismas no son *suficientes* para poder afirmar que sólo se aplican a esos tipos de actos ilocucionarios y no a los ruegos peticiones, súplicas, etc. También con respecto a estos actos de habla podríamos predicar la presencia del elemento característico de los signos petitorios (que consiste, como ya sabemos, en el reconocimiento por el receptor de que con la proferencia el emisor pretendió inducirle a hacer M y en que la realización de M está causada por la advertencia de la audiencia de tal pretensión). La clave de la distinción radica, apunta MacCormick, en que, en el caso de los mandatos, estamos en presencia de una *exigencia de obediencia* del mandante al destinatario de la orden. Reclamar obediencia implica afirmar la superioridad de uno frente al otro, a diferencia de la petición o ruego que típicamente se produce entre aquellos que se consideran mutuamente como iguales³⁹⁹. Cuando M dice a A 'haz r' su acto ilocucionario M es un mandato u orden si y sólo si pretende que A lo entienda como desvelador de una intención de inducir a A hacer r en reconocimiento de la superioridad de M sobre él, y en virtud

³⁹⁸MacCormick, 1973, p. 105. Para Donald Davidson en cambio, es precisamente porque no existe una convención de sinceridad por lo que las convenciones no gobiernan la fuerza ilocucionaria de las preferencias; vid., 1984c, pp. 268-274. Lo que debemos presumir, siguiendo a MacCormick y Lewis, es que efectivamente los ordenantes si desean seguir siéndolo tendrán la pretensión de ser tomados como sinceros por sus destinatarios. Cuestión distinta es que efectivamente siempre cabe mantener oculto el último propósito del ordenante (su auténtica intención al mandar, que puede no ser que realmente el destinatario cumpla con lo ordenado) pues no hay signo externo transparente y público de sinceridad o manipulación.

³⁹⁹MacCormick, 1973, p. 106 y García-Carpintero, 1996, p. 537.

del reconocimiento de A de dicha intención⁴⁰⁰. La superioridad puede darse, indica MacCormick, por la existencia de una amenaza o coerción al destinatario de la orden, o bien en un contexto de autoridad legítima (vid., supra Lewis).

Pues bien, como es bien conocido desde la obra de Hart⁴⁰¹, la presencia de esta última circunstancia es la que habría escapado a John Austin, como forma de distinguir entre la actitud del que compulsivamente *se ve obligado* a hacer algo bajo amenaza o coacción y aquellas otras acciones con respecto a las cuales, en cambio, decimos que *hay una obligación* de llevarlas a cabo⁴⁰². El ya clásico contexto del asaltante, con el que Hart ilustra la impropiedad del imperativismo benthamiano y austiniano como modelo explicativo del fenómeno jurídico, no nos sirve para dar cuenta cabal de este último uso o sentido del concepto de obligación. Para entender éste, precisamos hacer referencia a la existencia de una regla, si bien no es siempre el caso que cuando las reglas existen el estándar de

⁴⁰⁰MacCormick, 1973, p. 108. Ahora bien, esta nota de superioridad es constitutiva del mandato de una forma muy particular: no es la *existencia* de tal superioridad lo definitorio, sino la *asunción de la misma que muestra el hablante*. Es de nuevo la intención interna la que marca la diferencia, aunque no es una condición necesaria del que actúa como autoridad que *sinceramente crea* que existe tal deber de obediencia por parte del destinatario, sino que *actúe como si lo creyera*. Como afirma Juan Carlos Bayón: "se comprenderá que lo decisivo para decir que alguien se comporta como autoridad o reclama para sí autoridad legítima no es que éste, *in foro interno*, crea realmente que ese deber existe, sino que actúe como si lo creyera, es decir, que mantenga *ad extra* una pretensión de corrección respecto de sus mandatos. En ese sentido constituiría una contradicción pragmática que alguien que pretendiese estar actuando como autoridad legítima ordenara 'haz M, aunque considero que, tomados en cuenta *todos* los factores relevantes, M es moralmente injustificable y debe ser omitido'..."; vid., 1991, p. 628, n. 552.

⁴⁰¹Me refiero, claro está, a *The Concept of Law*.

⁴⁰²Hart, 1961, pp. 19-20, 80-81. Vid., asimismo Marmor, 1995, p. 321. Ya en *The Language of Morals*, R.M. Hare, había distinguido entre tres sentidos básicos de 'debo hacer x' (*I ought to do x*): (1) como declaración de un hecho sociológico: 'x es exigido para cumplir un estándar generalmente admitido por la gente' (*x is required in order to conform to the standard which people generally accept*); (2) como constatación de un estado mental o psicológico: 'tengo la sensación de que debo hacer x' (*I have a feeling that I ought to do x*) y (3) como enunciación de un juicio de valor: 'debo hacer x' (*I ought to do x*). (2) correspondería a la descripción que daríamos de la formulación de 'me veo en la obligación de ...', ante un requerimiento apoyado en la coacción bruta; vid., 1952, p. 167. Vid., igualmente, Hart, 1961, pp. 55-56.

comportamiento es concebible en términos de obligación. Las reglas, nos dice Hart, imponen obligaciones cuando la demanda general de conformidad es insistente y la presión social por la desviación es notable⁴⁰³.

Por tanto, la mera referencia al acto de voluntad legislativa generador de la norma no es suficiente para predicar la obligatoriedad del derecho: sólo hablaremos de genuinos deberes si preexiste una regla que confiere autoridad al legislador⁴⁰⁴. Como ha señalado Bayón, en el razonamiento práctico del destinatario de la orden habrá de existir, en todo caso, una premisa mayor implícita que reza: (1) se debe hacer lo que mande M. Si A (destinatario) acepta (1) es porque reconoce la autoridad de M⁴⁰⁵. La autoridad legítima sería el elemento que nos permitiría expresar, como destinatarios, genuinos juicios de deber u obligaciones jurídicas de actuar conforme a los deseos expresados por el que formula el mandato, en relación con algún rango de actos o actividades⁴⁰⁶. Ahora bien, ¿siempre que alguien emite un enunciado del tipo 'debes hacer r' o 'tienes la obligación de hacer r' estamos en presencia de un mandato? Como apunta Juan Carlos Bayón, resulta claro que ninguna orden está siendo dada meramente porque alguien diga a otro lo que debe hacer (el hablante puede simplemente

⁴⁰³Hart pone el ejemplo de las reglas gramaticales o de etiqueta como aquellas respecto de las cuales no formulamos juicios de obligación sino de deber. De reglas como estas, no diríamos que hay una valoración o apreciación notable, en el sentido de que sean creídas como importantes o esenciales para el mantenimiento de la vida social, ni que la conducta obligada exija sacrificios o costes elevados para los intereses individuales; vid., 1961, pp. 21, 80-84.

⁴⁰⁴Hart, 1982, p. 253 y MacCormick, 1973, p. 113.

⁴⁰⁵Vid., 1991, p. 268, y MacCormick, 1973, pp. 117-118.

⁴⁰⁶ Vid., MacCormick, 1973, pp. 109-110. Obviamente, autoridad legítima y poder coercitivo frecuentemente van ligadas, *ibid.* pp. 106-107. Vid., Bayón, 1991, p. 267.

estar dando cuenta de la existencia de tal deber). La diferencia estriba en que el enunciado con el que un hablante expresa razones para actuar (la regla que dicta) sea o no dependiente del hecho de que él las enuncia. En el caso de las ordenes o mandatos hablaríamos de 'juicios de deber *dependientes* de la formulación de mandatos'. Por otro lado, estaríamos en presencia de 'juicios de deber *independientes* de la formulación de mandatos' cuando el destinatario o el hablante afirma que se deber hacer *r* independientemente del hecho de que *r* haya sido ordenado por alguien (por él mismo, podría decir el emisor)⁴⁰⁷.

Las preferencias autoritativas que generan obligaciones jurídicas en los destinatarios constituyen, nos dice Hart, una razón para que el sujeto postergue su deliberación acerca de lo que ha de hacer y cumpla lo prescrito (*razón perentoria o excluyente*), independientemente del contenido del mandato. Una razón es *independiente del contenido* si no hay una conexión directa entre la razón y la acción para la cual es una razón, como cuando se afirma que la razón para M resulta del carácter intrínsecamente valioso de realizar el tipo de acción que es M. En ese caso, la razón es *dependiente del contenido*. Por contra, cuando una autoridad ordena hacer M tendríamos una razón independiente del contenido si esta no descansa en la evaluación intrínseca o directa de la clase de acción que sea M, sino en el hecho de que ha sido requerida por alguien⁴⁰⁸. Hasta aquí los

⁴⁰⁷ Bayón, 1991, pp. 268-269. En la misma línea, García-Carpintero describe el mandato 'desafortunado' como aquella orden de que se haga *p*, efectuado en una circunstancia en la que *p* se ha de dar independientemente de la formulación del mandato; vid., 1996, p. 536.

⁴⁰⁸ Vid., Hart, 1982, pp. 243, 254-255 (Hart remonta a Hobbes la noción de razón perentoria e independiente del contenido como rasgo central de los mandatos de la autoridad; id., p. 253). Vid., igualmente, Raz, 1986, p. 35 y Bayón, 1991, pp. 544-545. De acuerdo con Hart, la actitud del sujeto que así actúa (que reconoce la presencia de dichos caracteres en las razones que los mandatos de la

elementos constitutivos o definidores del mandato que permitirían individualizar éste de otros actos de habla de análoga naturaleza.

La legislación, como acto autoritativo, se asemeja al mandato⁴⁰⁹. Pero la diferencia entre ambas radica no sólo en que en el primer caso se formulan no ordenes singulares sino reglas o pautas de conducta de carácter general (para clases de sujetos y de acciones) sino también en el *carácter formal del acto* que genera la regla⁴¹⁰. Acto formal en el sentido de que está sometido, a su vez, a reglas o criterios convencionales para poder reconocer genuinas normas jurídicas frente a la expresión de deseos u ordenes privadas. Es por ello que no habría necesariamente que referirse a la intención o voluntad del legislador para *identificar* el acto legislativo. El mandato es, por contra, un *acto de habla informal*: tan pronto como el hablante use una expresión capaz de ser entendida como una directiva para que el destinatario haga algo pretendiendo que funcione como una orden, se puede decir que aquel ha ordenado algo⁴¹¹. Esta visión genera un buen

autoridad producen) no se resume, frente a Bentham, en un mero hábito de obediencia, sino que su naturaleza es *normativa*; 1982, p. 256. Las reglas son estándares para el juicio de conductas, proveedoras de una razón para actuar. Para ello es preciso la aceptación de la regla por parte del que formula el juicio de deber: "Alguien acepta una regla si y sólo si la toma como guía de conducta, y reprocha a otros su conducta desviada"; vid., MacCormick, 1973, p. 117. Uno puede aceptar la regla por su racionalidad, por imitación, por prudencia, o porque reconoce la autoridad del que la emite. Sólo en este último caso (regla establecida expresamente por alguien que disfruta de autoridad legítima) se puede afirmar que la regla ha sido necesariamente creada por un acto de voluntad en el sentido kelseniano. Y ello implica presuponer que existe alguna regla que imponga el deber de aceptar las reglas que la autoridad emite. MacCormick entiende que para evitar un regreso al infinito, en último término se aceptan las reglas por imitación, racionalidad o razones prudenciales; vid., 1973, pp. 117-118.

⁴⁰⁹Vid., MacCormick, 1973, p. 112.

⁴¹⁰Vid., Hart, 1982, pp. 258-260, e infra 5.4.

⁴¹¹Vid., MacCormick, 1973, pp. 114-115; MacCormick y Bankowski, 1986, p. 129 y Marmor, 1992, p. 160. Esta distinción entre la legislación y los mandatos basada en la formalización del acto de habla, fue también sugerida por Hart para indicar como las reglas que ritualizan a la autoridad legislativa no constituyen limitaciones al soberano; vid., Hart, 1961, p. 66.

número de dificultades, pero antes de apuntarlas haré una somera recapitulación de lo expuesto hasta ahora.

Dado un mensaje de un sujeto a otro para que este último haga algo, nos planteamos en qué casos dicho acto de habla es un mandato u orden. La intención ulterior (lo que el hablante desea que sea hecho por el destinatario) no constituye una condición necesaria ni suficiente. No es suficiente pues también en los ruegos, peticiones, súplicas, etc... se pretende del destinatario que realice alguna acción. No es necesaria ante el caso de mandatos insinceros. Parece más prometedor acudir a la intención 'interna' (intención del reconocimiento por parte del receptor de que la pretensión del emisor es que tome su preferencia como un mandato). Ello ocurrirá dado un contexto de superioridad, en el que hay una exigencia de obediencia (situaciones de coacción o autoridad). Esta última noción es el nexo que liga al mandato con el juicio de deber relativo a lo que se ha mandado. Dado este último caso, hablaríamos de un mandato inapropiado cuando el mandante asume erróneamente dicho contexto⁴¹². Por otro lado, aun consistiendo la legislación en la emisión de enunciados autoritativos, la diferencia con los mandatos es que la legislación es un acto de habla formal y las ordenes constituyen actos de habla informales. En ese sentido, la identificación del acto legislativo aparentemente no precisaría de referencia alguna a la intención. Retomemos ahora las dificultades que esta última distinción presenta.

Como antes se ha apuntado, la conclusión del razonamiento práctico del

⁴¹²De autoridad o coacción; vid., Bayón, 1991, p. 267.

destinatario de un mandato es un juicio de deber dependiente de la formulación de dicha orden: "Debo hacer *r* porque es lo ordenado por *M*". El problema surge al plantearnos el carácter de la premisa mayor de dicho razonamiento. Obviamente caben dos alternativas. Bien que se trate, a su vez, de la conclusión de un razonamiento basado en una premisa mayor como 'se debe hacer lo ordenado por *M*₁' (siendo la premisa menor: '*M*₁ ordena que se haga lo que mande *M*') o bien que se trate de un genuino juicio de deber (independiente de la enunciación de mandato alguno). En el primer caso estaríamos ante una regresión al infinito, salvo que supongamos que en algún momento el acto de habla es un ejercicio coercitivo no reglado (de carácter informal)⁴¹³. Pero entonces, entendido como un hecho, y no como un genuino juicio de deber, aquel sería incapaz de servir como premisa mayor en el razonamiento práctico del destinatario⁴¹⁴. En algún nivel parece que por razones conceptuales hemos de toparnos con un juicio de deber independiente. Habremos de presuponer la existencia de la aceptación de alguna norma que no es a su vez explicable en términos de la formulación de una orden previa⁴¹⁵.

A una conclusión parecida quedamos abocados cuando consideramos el carácter de la proferencia del ordenante, es decir, las circunstancias bajo las cuáles los destinatarios han de tomar a *M* como autoridad o han de entender por contra que no tiene la intención de mandar. Como se apuntó anteriormente, la solución

⁴¹³1991, pp. 276-277.

⁴¹⁴Ibid., pp. 290-291.

⁴¹⁵Id., pp. 268-270.

radica en disponer de criterios de identificación o reconocimiento. Ese sería el sentido de toda la legislación que regimenta la producción legislativa; es decir de las reglas que confieren poderes normativos (*power-conferring rules*). Pero nuevamente, por razones conceptuales, dichos criterios que ritualizan a la autoridad cuando actúa como tal no podrán establecerse mediante la emisión de mandatos (so pena de quedar inmersos en una regresión al infinito), sino que habrá que presuponer una forma de reconocimiento que no depende de éstos⁴¹⁶, y sí, en último término, de la constatación de la intención interna del emisor. Esto sería particularmente así en el caso de la Constitución si la concebimos como acto jurídico originario que regula la generación subsiguiente de normas (entre ellas aquellas que ritualizarán a las autoridades posteriores) que no puede depender lógicamente de formulación normativa previa alguna y que por tanto habrá de concebirse como *acto de habla informal*, pero que aun así precisa, para poder configurarse como premisa mayor del razonamiento práctico del destinatario que acepta la autoridad de la Constitución o del constituyente, de la presuposición de una norma (*grundnorm*) extrajurídica o moral que exige cumplir lo ordenado por este⁴¹⁷. Por tanto, la referencia a la intención autoritativa será especialmente procedente en el caso de la Constitución como forma de reconocer en esta su naturaleza prescriptiva y no una mera enunciación o indicación de juicios de deber al no disponerse de criterios convencionales derivados de un mandato, para discriminar entre uno y otro caso. En el supuesto de la legislación ordinaria subsiguiente, la existencia de un ritual o convención de producción normativa

⁴¹⁶Vid., MacCormick y Bankowski, 1986, p. 123 y Bayón, 1991, pp. 270-272.

⁴¹⁷Vid., en este sentido, Richard S. Kay, 1981, p. 193.

hace que la referencia a la intención, según previene la Tesis de la Intención Autoritativa de Raz, lo sea a los solos efectos de predicar que aquellos que conservan la competencia de emitir normas, cuando lo hacen, tienen la intención de que lo que resulta sea derecho, o de entender que sólo los actos generados deliberada o intencionalmente para legislar pueden ser actos legislativos⁴¹⁸. De ahí el adjetivo de modesto o mínimo que al principio adjudiqué a la propuesta raziana, pues nada nos aporta acerca de cómo habremos de entender lo prescrito por la autoridad, que es lo verdaderamente relevante en la discusión sobre la interpretación jurídica o constitucional.

⁴¹⁸Hablar por tanto de legislación no intencional o fortuita sería obviamente un sinsentido; Raz, 1996b, pp. 265-266. Él mismo describe ese elemento intencional como una exigencia mínima que estaría presente de manera universal en todos los sistemas jurídicos, en todos los actos legislativos que merezcan recibir tal nombre; vid., *ibid*, pp. 266-267 e igualmente Steven D. Smith, 1989, pp. 105, 117. Que no pueda haber, bajo el esquema de Raz, creación de normas por actos no intencionales conduciría a excluir como derecho, en principio, a la costumbre jurídica y a las consecuencias lógicas de las normas.

CAPITULO IV: Intenciones y realismo semántico. La Constitución (y el derecho) como descripción

4.1 Introducción

En el capítulo segundo hice alusión a la clasificación de Bassham sobre las distintas pretensiones asignables a la autoridad práctica. En el primer grupo de las mismas (*Intenciones semánticas*, es decir, acerca del significado de los términos utilizados) aquél distinguía entre pretensiones *convencionalistas* o *realistas*. La dicotomía se fundaba en la posibilidad de que el edictor manejara internamente una referencia (del término lingüístico que utiliza) que sigue las convenciones del lenguaje, o bien, por contra, cuando lo que pretende del futuro aplicador es que sea la verdadera naturaleza del objeto referido, según el estado del conocimiento en ese momento, el que marque la pauta de la dotación de significado.

A los efectos meramente expositivos, y por seguir la ordenación de Bassham (que me resulta clarificadora), en esta segunda parte del trabajo me ocuparé del análisis de la otra gran propuesta interpretativa que anuncié en la introducción: el realismo semántico y la caracterización de la autoridad del derecho y de la Constitución vinculable al mismo.

Es necesario advertir que, en puridad, la alternativa realista aparece como el polo opuesto del originalismo: si en el caso de este último (especialmente en su versión estricta *a la Fish*) el significado de las palabras resultaba asociado a las intenciones comunicativas de los hablantes, y sus preferencias como *signos petitorios* esto es, como generadores de *razones para la acción* (y por tanto se

entiende la autoridad del derecho como autoridad *práctica*), en el supuesto del realismo, el significado se concibe como la *verdadera* referencia de lo designado y, paralelamente, las emisiones como *signos informativos* (generadores de *razones para la creencia*), y la autoridad del derecho como autoridad *teórica*. Sólo porque, a pesar de todo, los realistas siguen dando entrada a la consideración de la pretensión del hablante (como así también en la taxonomía de Bassham), puede justificarse que desarrolle el análisis de esta corriente bajo el manto general del intencionalismo como teoría de la interpretación. Pero obviamente esta conexión con la noción de intención es muy débil, quizá la más débil de todas las posibles, pues meramente se limita a dar cuenta del carácter voluntario, no accidental, del acto de habla (de manera similar a como resulta de la Tesis de la Intención Autoritativa de Raz). Pero a partir de ahí la distancia con el originalismo *stricto sensu* es enorme así como, pretendidamente, con el textualismo o literalismo cuando es entendido como 'convencionalismo semántico'. Sirva para ilustrarlo, en primera instancia, la posición de Michael S. Moore, quizá el más caracterizado postulador de la aplicación del realismo semántico como método de la interpretación jurídica.

En el esbozo de su teoría sobre la interpretación (que él denomina de *derecho natural*), Michael Moore contrapone dos grandes tesis sobre el significado: una primera que denomina *convencionalista* y que, según su descripción, toma el significado como referencia a lo nombrado, y ésta como una suerte de construcción convencional; la segunda, *realista*, consideraría que dicha referencia

ha de ser la 'verdadera' naturaleza de lo designado⁴¹⁹. La distinción entre ambas teorías es ilustrada por Moore mediante el concepto de 'muerte'⁴²⁰. Hoy sabemos, nos dice, que una persona no está muerta si mantiene actividad cerebral. Para el que sostiene la tesis convencionalista, los que hablaban de muertos en el siglo XIX lo hacían con propiedad pues aunque algunos hubieran conservado cierta actividad cerebral, habían fallecido de acuerdo con el significado entonces prevalente si es que sus funciones cardiorespiratorias habían cesado. Para el 'realista' Moore, esto es un error. Por la siguiente razón:

*Ellos y nosotros queríamos decir lo mismo mediante nuestros usos de la palabra 'muerte', a saber, nombrar el tipo de evento natural que es (realmente) la muerte...El argumento es que sus intenciones lingüísticas al usar 'muerte' fueron las mismas que nuestras intenciones lingüísticas al usar la palabra. Tanto nosotros como ellos pretendimos referirnos a la **cosa**, el tipo de evento natural que es la muerte. Si **ellos** hubieran sabido lo que nosotros acerca de la revitalización de personas sumergidas en agua fría,*

⁴¹⁹ Vid., Moore, 1985, pp. 291-294. Algunos apuntes de la elaboración teórica que culmina en este trabajo aparecen en 1981, pp. 204-208 y 1982, p. 1144. Posteriormente, en 1989, pp. 10-12. Evidentemente, la controversia no versa acerca de la arbitrariedad o no de los signos. Si así fuera, nada más oportuno que recordar lo que al respecto ya indicara Locke: "Pero como el confort y el progreso de la sociedad no se podrían lograr sin la comunicación de los pensamientos, se hizo necesario que el hombre encontrara unos signos externos sensibles, por los que esas ideas invisibles, de las que están hechos sus pensamientos, pudieran darse a conocer por los demás hombres. Y para cumplir este fin, nada mas a propósito, tanto por su riqueza como por su rapidez, que aquellos sonidos articulados de los que se encontró dotado y podría producir con tanta facilidad y variedad. De esta manera es como podemos llegar a imaginar cómo las palabras, tan bien adaptadas por naturaleza a aquel fin, llegaron a ser empleadas por los hombres para que sirvieran de signos a sus ideas; **y no porque hubiese relación entre determinadas ideas y los sonidos articulados, pues en ese caso existiría un único lenguaje entre todos los hombres**, sino por una imposición voluntaria, por la que una palabra se convierte, de forma arbitraria, en el signo de una idea determinada. De esta forma, el uso de las palabras consiste en que sean las señales sensibles de las ideas, y las ideas que se significan por aquellas son su significación propia e inmediata"; vid., Locke, 1980, pp. 609-610 (énfasis mío).

⁴²⁰ Creo que la elección del ejemplo no es accidental. En Estados Unidos, se han planteado fuertes controversias en los Tribunales acerca del momento en que cabe extraer los órganos del paciente para donación y sobre la propia imputación de comisión de homicidio (vid., *People v. Eulo*, sentencia de la corte de apelaciones del Estado de Nueva York, 63 N.Y.2d 341), así como en relación al empleo de ventiladores mecánicos para mantener con vida a recién nacidos que padecen de anencefalia (por ejemplo en la decisión de la Corte Suprema del Estado de Florida, *In Re TACP*, 609 So.2d 588). De hecho, en Kansas, primer Estado que adoptó el criterio de 'muerte cerebral', se mantuvo también, sorprendentemente, el criterio alternativo de 'ausencia de actividad cardiorespiratoria', para declarar la muerte a todos los efectos jurídicos (Kan. Stat. Ann. ' 77-202, tomado de Barry R. Furrow, Sandra H. Johnson, Timothy S. Jost y Robert L. Schwartz, *Bioethics: Health Care Law and Ethics*, West Publishing, St. Paul, Minn, 1991, p.195).

*ellos también dirían que esas personas no están muertas*⁴²¹

La estructura y desarrollo de este capítulo va a ser un reflejo especular del anterior. En primer término analizaré la visión 'no comunicacional' del Derecho esgrimida por Heidi Hurd y la forma en que a partir de esa aproximación se apuesta por la caracterización de la autoridad del Derecho como autoridad teórica. Como vengo insistiendo desde el capítulo 2, el gran debate que enfrenta a las distintas tesis sobre la interpretación constitucional lo es en último término sobre lo que haya de considerarse es el objeto de interpretación. En el caso de la concepción realista, ese material sería contemplado como dotado de autoridad meramente teórica, esto es, generador de razones para la creencia.

En segundo lugar me ocuparé del realismo como teoría sobre el significado. La idea rectora del realismo semántico se halla sumariamente expresada por Moore en el párrafo anteriormente transcrito, pero entiendo que merece la pena detenerse en sus presupuestos y desarrollo tal y como pueden encontrarse en el ámbito de la filosofía del lenguaje, especialmente en las obras de Saul Kripke y Hilary Putnam⁴²². Como veremos en lo sucesivo, esa importación del realismo

⁴²¹ Moore, 1985, p. 297(énfasis del autor).

⁴²² Vid., el apoyo del propio Moore en las tesis de Kripke y Putnam, 1981, pp. 204-208. Los principales trabajos de estos son: Kripke, "Identity and Necessity", en M.K. Munitz, *Identity and Individuation*, New York University Press, New York, 1971, pp. 135-164 (hay traducción en castellano, "Identidad y necesidad", de Margarita M. Valdés, en la recopilación de Valdés Villanueva, op. cit, pp. 98-130, por donde se cita) y *Naming and Necessity*, Oxford, Basil Blackwell, 1988 (reimpresión de la primera edición de 1980, aunque originalmente apareció en *Semantics of Natural Language*, D. Davidson y G. Harman (eds), D. Reidel, Dordrecht, 1972); Hilary Putnam, "The meaning of 'meaning' ", en K. Gunderson (ed), *Language, Mind and Knowledge, Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, VII, University of Minnesota Press, 1975 (hay traducción en castellano, "El significado de 'significado' ", de Juan José Acero, en la recopilación de Valdés Villanueva, ibid, pp. 131-193, por donde se cita). Esta correspondencia entre la tesis de Moore y la teoría semántica desarrollada por Putnam y Kripke ha sido analizada por Marmor, 1992, especialmente, pp. 85-97 y Brian Bix, 1992, pp. 1293-1331, entre otros.

semántico al dominio de la filosofía práctica para así conformar una genuina teoría sobre la interpretación jurídica, tiene sentido finalmente bajo la asunción (como es el caso de Moore, David O. Brink⁴²³, Heidi Hurd, Sotirios A. Barber⁴²⁴ y Carlos Santiago Nino, entre otros) de una posición metaética objetivista o realista. El escrutinio del realismo ético constituirá así el tercer núcleo de este capítulo.

⁴²³ Vid., 1988, p. 120 y 1989, p. 184.

⁴²⁴ Vid., 1993, pp. 182-187.

4.2 La Constitución como observación y descripción de la realidad normativa

Si existe un mundo objetivo de valores (en relación al cual los hechos o cursos de acción se revelan moralmente correctos o incorrectos), la Constitución se habría encargado de recogerlo o describirlo. Las preferencias del constituyente plasmadas en la Constitución, serían así signos informativos o generadores de razones para la creencia; esto es, afirmaremos que X tiene autoridad teórica sobre Y si y sólo si cuando X emite 'Haz M' Y tiene una *nueva razón para creer que hay razones para hacer M*⁴²⁵. Las preferencias vinculantes teóricamente no afectarían al balance de razones acerca de la cuestión principal sobre lo que debe hacerse, sino que inciden sobre la materia subsidiaria de la evidencia para llegar a concluir que debe actuarse según lo *descrito*. Las emisiones del legislador son razones dependientes del contenido o, si se quiere, guías heurísticas de las razones para actuar que existen con carácter previo y generadas por pre-existentes *hechos morales*⁴²⁶.

Como digo, esta visión de la autoridad es postulada en parte por los déficits de la tesis de la justificación normal raziana que veremos en el Capítulo 6 y de la descripción asociada del derecho como una comunicación que cumple los requisitos del análisis de Grice⁴²⁷, pero sobre todo por la adopción del realismo u

⁴²⁵ Hurd, 1995, p. 419 y 1990, p. 1009. Vid., Nino (infra 6.2.2), como a partir de la defensa del constructivismo epistémico y de la democracia como sucedáneo del discurso moral también apuesta por la concepción teórica de la autoridad.

⁴²⁶ Vid., Hurd, 1990, p.1009.

⁴²⁷ Ibid, pp. 950-952, 966, nota 53, 968-975 (vid., supra 3.1.1 los problemas del *analysans* de Grice).

objetivismo moral.

El punto de partida del planteamiento de Hurd es la constatación de cómo los requisitos de captación, reflexividad, doble reflexividad y causalidad que conforman la fórmula de Grice para explicar la comunicación mediante signos no naturales, no son adecuados para dar cuenta de los actos legislativos. Veremos como del incumplimiento de cada uno de ellos emerge una concepción alternativa de las preferencias autoritativas radicalmente contrapuesta a la caracterización comunicativa que la autora entiende informa al positivismo jurídico. Y ello porque, recordemos del capítulo anterior, sólo cuando los actos de habla de la autoridad jurídica son concebidos como comunicaciones con los requisitos griceanos, hay dación de razones independientes del contenido. Sólo cuando uno pretende, simultáneamente, generar una respuesta en el receptor y que la misma brote mediante el reconocimiento por éste de tal propósito nuestro como hablantes, damos una razón para actuar tal y como pretendemos, que es independiente de las razones que el destinatario tenga ya para actuar de esa forma. Es decir, las razones independientes del contenido de lo proferido son justo aquellas que nos son dadas cuando otros pretenden una cierta respuesta nuestra y cuando tomamos tales intenciones como razones para responder en la forma requerida (condiciones de causalidad, reflexividad y doble reflexividad de la definición griceana). Por eso, si se recuerda uno de los ejemplos con los que Grice ilustraba la condición de reflexividad, el que deja el pañuelo en la escena del crimen no funciona como una autoridad práctica para el detective, pues no pretende de este que tenga una razón independiente del contenido para llegar a la conclusión de

que el propietario del pañuelo es el asesino, sino que esta misma se alcanzará a partir de una deducción basada en regularidades sobre hechos⁴²⁸. Veamos pues a continuación las razones por las que Hurd entiende que se incumplen los requisitos griceanos de captación, reflexividad, doble reflexividad y causalidad y qué consecuencias se siguen para el entendimiento del fenómeno jurídico.

En cuanto al primero de ellos, si bien es verdad que los legisladores actúan con ciertos propósitos, no es necesariamente cierto que pretendan producir una determinada respuesta en el auditorio. De tal forma que podríamos concebir sus preferencias como la *anotación de observaciones* al modo de un científico⁴²⁹. Aquellas no serían por tanto señales comunicativas (emisiones con significado no natural) sino, justamente, supuestos de significado natural: emisiones informativas de un estado de cosas con el que se relacionan causalmente. El legislador o constituyente se embarca por tanto en una empresa puramente descriptiva; estaría básicamente *hablando consigo mismo*.

Pero incluso si pudiera pensarse que sí se satisface el primer requisito, cabría entender que no se cumple el segundo (reflexividad): no se predicaría que el legislador pretende que su audiencia reconozca su intención de provocar la respuesta *r*. La promulgación de la norma funcionaría al modo del dejar el pañuelo en la escena del crimen como señal al detective. La pretensión de la autoridad sería

⁴²⁸ Vid., Hurd, 1990, pp. 1007-1008.

⁴²⁹ O de un capitán de navío que registra las entradas de mercancías en su buque; vid., Hurd, 1990, p. 983.

guiar así el comportamiento de los destinatarios⁴³⁰; en el ejemplo que aporta Hurd:

Una norma que prohíba la entrada de vehículos en el parque puede interpretarse como un significado natural de la deseabilidad del estado de cosas en el cual ningún vehículo es autorizado a entrar en el parque. Aunque los redactores podrían haber pretendido con ella provocar una respuesta en aquellos que la interpretan, pudo haber sido establecida sin el propósito ulterior de que los aplicadores reconozcan la pretensión de que generen por su parte una respuesta... Si bien la intelección de las normas como pistas deliberadamente dispuestas por el hablante claramente compromete con una concepción no comunicativa de la legislación, posibilita sin embargo que las normas cumplan la función jurídica de guía de la acción. Y ello porque las pistas cambian las creencias y subsiguientes conductas de la audiencia a la que se dirigen y por tanto un legislador racional las podría emplear para influir en el comportamiento de los destinatarios⁴³¹

Por último, que no se cumpla el requisito de causalidad (que el reconocimiento por parte de la audiencia de que el proferente pretende inducirle la respuesta *r* sea, al menos en parte, la razón o causa de la misma de responder tal y como pretende inducirle el hablante) o de doble reflexividad (que el destinatario reconozca a su vez esta última pretensión), haría que, respectivamente, tomáramos las proferencias de la autoridad bien como 'muestras' (*showings*) que no dependen del reconocimiento de la audiencia de las intenciones del emisor para conservar cierto poder causal, o como 'manipulaciones' del hablante para con los destinatarios (recuérdese que la exigencia de doble reflexividad y consiguientes refuerzos del *analysans* griceano venía impuesta por los contraejemplos en los que había información asimétrica o intenciones 'aviesas' por parte del emisor)⁴³².

⁴³⁰ Hurd, 1990, pp. 983-985.

⁴³¹ Ibid., p. 985.

⁴³² Id., pp. 986-990.

La pretensión de Hurd es, como en el caso de Moore con respecto a la interpretación, la construcción de una teoría de la legislación basada en el derecho natural. Por ello entiende que de las cuatro alternativas que se abren correspondientes al incumplimiento de cada uno de los requisitos de la definición griceana de comunicación, es la primera la que ha de asumirse. Las otras tres (los actos de legislación como indicios o pistas, como 'muestras' o como manipulaciones) finalmente también radican en la idea de que el contenido de la norma está en función del contenido de las actitudes proposicionales del emisor; "Esta asunción-afirma-nos dirige a la visión central del positivismo jurídico de que el derecho deriva realmente de un hecho histórico y no de la corrección moral"⁴³³

Por tanto, y una vez que optamos por la caracterización de las emisiones de la autoridad como observaciones, dejamos a un lado el rasgo que como ya sabemos asignaba Hart a las mismas como condición de su posibilidad de generar obligaciones jurídicas en los destinatarios: su carácter de razón perentoria o excluyente, independiente del contenido del mandato. Para Hurd, en cambio,

Tal y como las descripciones científicas hechas bajo circunstancias observacionales adecuadas funcionan como signos de la existencia y naturaleza de ciertos fenómenos físicos, los actos de la autoridad legislativa describen estados de cosas de naturaleza jurídica en forma tal que, bajo circunstancias apropiadas, pueden funcionar como signos de la existencia y naturaleza de aquellos fenómenos. Estos serían hechos acerca de la manera en la que las decisiones jurídicas deben hacerse; como tales, son hechos morales que se tornan sumamente relevantes cuando ayudan a guiar el comportamiento entre los ciudadanos en coyunturas particulares. La legislatura, bajo esta aproximación, es como el científico. Su tarea es una de descubrimiento... Así, bajo el modelo de legislación no comunicativo que surge del incumplimiento del requisito de captación, las normas emitidas por

⁴³³ Hurd, 1990, p. 991.

*el legislador no han de tomarse como mandatos, ordenes, peticiones, amenazas, promesas o cualesquiera otras clases de comunicación mediante las que un hablante indica lo que quiere que se haga. Por contra, las normas han de considerarse como descripciones-**no** como comunicaciones de un hablante a una audiencia con la pretensión ilocucionaria de informar, sino como resultados de inquisiciones hechas por un observador privilegiadamente situado*⁴³⁴

Que podamos asumir la revolución copernicana que en relación a la descripción del fenómeno normativo y de la autoridad jurídica Hurd nos propone, depende de que se sorteen con éxito dos muy serias objeciones que la misma encontraría: por un lado, que los legisladores o constituyentes no están involucrados en una tarea descriptiva sino prescriptiva, y, por otro, que a diferencia del científico aquellos nada tienen que describir puesto que la idea de una realidad moral exterior de la que se pudiera dar cuenta como el universo de los hechos físicos, es un sin sentido⁴³⁵.

Con respecto a lo primero, Hurd apunta que si la objeción se limita meramente a indicar que las preferencias legislativas tienen la fuerza ilocucionaria de las ordenes (vid., supra 3.2.2), simplemente hay una petición de principio. Acerca de su caracterización la indagación tiene carácter normativo (cómo hemos de considerar las normas) y para Hurd la conclusión que se sigue del análisis de la edición de las mismas es que no existe nada inherente en el hecho de legislar que compela a tomarlas como mandatos. No aceptaría Hurd como un argumento definitivo la forma lingüística que tradicionalmente exhiben: la presencia en las

⁴³⁴ Vid., Hurd, 1990, pp. 996-997 (énfasis de la autora).

⁴³⁵ Ibid., p. 997.

mismas de operadores deónticos. En primer lugar porque no todas las normas jurídicas contienen dichas partículas (vid., supra 3.2.2 igualmente el ejemplo de MaCormick) y en segundo término porque, aun conteniéndolas, ello no empece a dar cuenta de ellas como descripciones de estados de cosas óptimas que, como tales, habrían de serlo de *hechos morales*.

También incurrirían en una petición de principio quienes objetan que puesto que los legisladores no tienen la pretensión de describir o informar, no estamos autorizados a adoptar, como tales observaciones sus actos de habla⁴³⁶.

Como hemos visto en el capítulo anterior, no son pocas las dificultades que arrastran las teorías del derecho de corte prescriptivista (que Hurd parece tener en mente) cuando tratamos de diseñar una justificación estrictamente jurídica de la observancia de los mandatos de la autoridad por parte del destinatario, y los argumentos por los que parece que si el contexto de superioridad que nos da la clave para distinguir entre genuinos deberes y compulsiones por actos de coerción, es el de la autoridad legítima, ello presupone que la premisa mayor del razonamiento práctico del destinatario de la orden es un genuino (moral) juicio de deber⁴³⁷. También hice referencia al problema que afecta a las teorías 'puras' del ordenamiento jurídico, según las cuales todas sus normas derivan necesariamente de actos de mandar u ordenar. En su momento se indicó cómo la diferencia entre

⁴³⁶ Hurd, 1990, pp. 997-998.

⁴³⁷ Una excelente exposición sumaria de las posiciones enfrentadas al respecto es la de Bayón; vid., 1996, pp. 325-339.

estos actos y la legislación se centraba en el carácter formal de esta última (en el sentido de estar sometida a su vez a un conjunto de reglas de conferencia de poderes normativos), pero también la razón por la cual, finalmente, y por consideraciones de orden lógico y conceptual, hemos de presuponer la aceptación de algún criterio extrasistemático, de una 'norma' no explicable a su vez en función de la emisión de un mandato previo⁴³⁸.

¿Pero querría decir todo ello entonces que, como propone Hurd, las formulaciones lingüísticas de la autoridad normativa son descripciones de estados de cosas que el emisor considera óptimas u observaciones de la realidad jurídico-moral? Creo que son muchas las dificultades que entraña esta visión⁴³⁹. Sin temor a la exageración cabría decir que mucha de la teoría jurídica contemporánea desde

⁴³⁸ Es decir de una norma *independiente*, en el sentido asignado por Caracciolo para explicar cómo, si el sistema jurídico se concibe como un conjunto finito de elementos normativos, es imposible que todos ellos que pertenecen al sistema satisfagan la relación sistemática (por ejemplo si esta se define como el criterio kelseniano de legalidad, es decir, de ingreso en el sistema por la existencia de otra norma previa perteneciente que autoriza tal inclusión con determinados requisitos); vid., Ricardo Caracciolo, 1996, 171-173.

⁴³⁹ Acaso la principal sea cómo dar cuenta entonces del carácter dinámico del sistema jurídico. Con esta noción se alude al hecho de que, a diferencia de otros ordenes sociales como las costumbres o tradiciones y la moral, el jurídico es un sistema sujeto al cambio deliberado de las normas que lo componen mediante el egreso o ingreso de las mismas en el sistema por la concurrencia de ciertos hechos voluntarios (o por las consecuencias lógicas en atención al principio de coherencia), previstos a su vez por reglas de cambio y de competencia que determinan quienes y cómo pueden generar tales mutaciones mediante actos de promulgación y derogación (para un análisis formal de estos últimos, vid., Josep Aguiló Regla, 1996, pp. 199-208). Con respecto a la controversia acerca del tipo de relación sistemática que debamos entender permite la sistematización de los elementos que compondrían el sistema jurídico, vid., Caracciolo, 1996, pp. 167-171. La polémica enfrenta a los partidarios del criterio de *deducibilidad* y a los favorables al criterio de *legalidad* (ibid., p. 167 y supra nota 438). El primero, de acuerdo con el cual pertenecen al sistema todas las normas que se deducen lógicamente de otras normas también pertenecientes, es el propio de los sistemas estáticos, y ha sido propuesto y defendido tradicionalmente por Alchourrón y Bulgin en 1974, especialmente, pp. 92-107. Obviamente su plausibilidad, la reconstrucción del sistema jurídico como uno estático, depende de que se admita que entre las normas puede haber relaciones lógicas, posibilidad esta que dista mucho de ser pacífica.

la obra de Kelsen⁴⁴⁰ se ha dedicado precisamente a asentar y afianzar la tesis justamente contraria. Constituiría por ello un desbordamiento de los límites de este trabajo exponer todas esas contribuciones. Para mostrar la difícil compatibilidad de la aproximación de Hurd con un buen número de intuiciones y asunciones comúnmente mantenidas acerca de la comprensión del derecho, voy a referirme muy brevemente a un sólo aspecto que me parece afecta de manera muy definitiva a su concepción, y que tiene que ver con las reglas que confieren poderes a las que antes aludí.

En efecto, Hurd nos sugiere que consideremos las formulaciones *del legislador* como descripciones de estados de cosas óptimos u observaciones de la realidad normativa. Pero, ¿quién es ese legislador?; ¿cuáles de las múltiples descripciones que podemos leer o escuchar hemos de tomar en consideración?; ¿las de la dogmática en las revistas especializadas?; ¿las de un loco o un actor en un escenario?⁴⁴¹ Contamos con una respuesta a esas preguntas que, como previamente indiqué, se articula en torno a la noción de reglas de competencia: el legislador lo es puesto que existe una regla (o más bien un conjunto de ellas) que

⁴⁴⁰ Si hay un argumento basilar en la *Teoría pura del Derecho*, es el de la normatividad o carácter obligatorio del derecho. Las normas que componen el orden jurídico existen en tanto en cuanto son obligatorias, y ello quiere decir que regulan las conductas de los destinatarios. Justamente en la dirección opuesta al enfoque de Hurd, tales reglas no nos informan acerca de comportamientos, sino que indican los que son debidos. Y ese es un *debe* en sentido normativo, no causal, como el que empleamos al pronosticar el efecto de ciertos hechos físicos, como parece suscribir la autora que venimos glosando; vid., Kelsen, 1961, pp. 18-19, 83-87 y 89-104 (donde insiste en la distinción entre la relación de causalidad como gobernadora del ámbito de las ciencias empíricas y la relación de imputación que preside el contexto de las ciencias normativas).

⁴⁴¹ El ejemplo es de Moreso-Navarro; vid., 1993, p. 109. ¿Por qué acudir al documento emanado de la Convención de Filadelfia, luego ratificado por treinta y dos legislaturas estatales que llamamos Constitución, y no a la declaración de Independencia?-se pregunta Schauer; vid., 1982, p. 810.

determina los requisitos de investidura de esa autoridad⁴⁴². Y, ¿cual sería entonces su naturaleza?; ¿cabría extenderle la caracterización descriptiva?

Supongamos que la respuesta fuera negativa, es decir, que las reglas que disciplinan la producción normativa sí tuvieran carácter prescriptivo. En ese caso Hurd habría de dar razones en favor de esa asimetría (entre las reglas-prescriptivas-que confieren poderes y las emitidas por dicha autoridad normativa que, entonces sí, serían informaciones u observaciones). Imaginemos, por contra, que entendemos las normas de competencia como descripciones. En ese caso inevitablemente podríamos continuar preguntándonos a quién tomamos como observador del estado de cosas óptimo según el cuál ciertos sujetos y no otros van a ser los que habramos de considerar como observadores y relatores de los hechos normativos, y así proseguir *ad infinitum*. Obviamente existe una tercera salida que consiste en afirmar que no existe necesidad de individualizar al 'observador jurídico' al que habríamos de atender. Pero eso supone lógicamente acabar de enterrar todos los rasgos que permiten, siquiera sea de forma imperfecta, hablar del Derecho como el fenómeno que conocemos.

Si, pese a todo, estos fueran escollos superables por la teoría de Hurd, aun existen algunos otros de no menor entidad; concretamente los dos siguientes. En primer lugar (y este es un argumento que veremos también genera dificultades para la, llamada por Raz, concepción normal de la justificación de la autoridad en el contexto de mayor pericia), no resulta a primera vista obvio que los legisladores

⁴⁴² Vid., igualmente Kelsen, 1961, p. 84.

(quienesquiera que estos sean) o constituyentes son necesariamente mejores observadores jurídico-morales (vid., infra 6.2). Pero por otro lado, la propia idea de que las descripciones legislativas son proposiciones *relacionadas causalmente con hechos morales cognoscibles* es altamente cuestionable. Y ello por consideraciones de orden *ontológico* (mientras que los hechos físicos se dan para ser observados y descritos, no se puede paralelamente hablar de algo así como la observación moral pues los hechos morales no existen y por tanto las descripciones legislativas no caben ser pensadas como signos de dicho fenómeno), *epistemológico* (incluso si tales hechos existieran no pueden ser cognoscibles de manera confiable) y *causal* (aun siendo cognoscibles, no son la causa de fenómenos en el mundo tales como la promulgación de normas). Como la propia Hurd ha reconocido, el escepticismo moral, de revelarse verdadero, produce la devastación de su teoría del derecho⁴⁴³.

Las alternativas disponibles, escribe nuestra autora, para no abrazar el escepticismo y por tanto dar margen a una visión plausible de una realidad moral cognoscible, son dos tipos contrapuestos de 'reduccionismos' con los que ya estamos familiarizados⁴⁴⁴: el convencionalismo y el naturalismo. Para el primero, los hechos morales son traducibles o reducibles a la moral positiva de un grupo humano en particular. La afirmación 'las corridas de toros son malas' significa, por ejemplo, que en Inglaterra hay algún hecho de su cultura (un acuerdo o convención) que verifica dicha proposición. Para el naturalismo, en cambio, las propiedades morales son parafraseables en, o reducibles a, propiedades naturales

⁴⁴³ Vid., Hurd, 1990, p. 1000.

⁴⁴⁴ Vid., supra Moore, notas 420 y 421.

no convencionales. 'Las corridas de toros son malas' constituiría una afirmación verdadera porque son espectáculos crueles y, de hecho (no por acuerdo o convención), la maldad es crueldad tanto como, por ejemplo, el agua es, de hecho, una molécula compuesta por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno (H₂O), y los significados de las palabras (como 'agua' o 'maldad') no son cualesquiera queramos libérrimamente asignar, *sino los que vienen determinados por las mejores teorías sobre los hechos, acciones u objetos referidos*⁴⁴⁵. En los próximos epígrafes me detendré críticamente en los presupuestos y conclusiones de esta teoría informadora de la concepción de la autoridad de Hurd.

⁴⁴⁵ Vid., Hurd, 1990, pp. 1000-1005.

4.3 La semántica de Kripke y Putnam

Las dos concepciones semánticas que Moore describe enfrentadas a propósito del concepto de 'muerte' (realista o naturalista y convencionalista) quedarían englobadas bajo la familia de teorías que William P. Alston ha denominado 'referencialistas', es decir, todas aquellas que identifican el significado de una expresión con lo *referido* o, en una versión más sofisticada, con la conexión referencial (con la relación entre el nombre y lo nombrado⁴⁴⁶). De acuerdo con José Hierro, el exponente más característico de esta tradición 'referencialista' en la filosofía del lenguaje sería John Stuart Mill⁴⁴⁷.

Tradicionalmente se ha entendido que las concepciones referencialistas que se plantean responder a la pregunta sobre el tipo de *entidad* que es el significado y la vinculación que ha de tener la misma con la expresión lingüística para ser *su* significado, se enfrentan a dos muy serios obstáculos⁴⁴⁸: por un lado, la existencia de asimetría entre significados y referentes (es decir, de expresiones con distinto significado pero igual referente y a la inversa⁴⁴⁹), y por otro, la constatación de

⁴⁴⁶ Vid., William P. Alston, 1964, pp. 11-19.

⁴⁴⁷ José Hierro Sánchez-Pescador, 1982, p. 12.

⁴⁴⁸ Según Alston todas las teorías que abordan así el problema del significado (y ello incluye no sólo al referencialismo sino a las teorías 'ideacionales'-*ideational theories*, que identifican el significado de la expresión con la idea asociada, como se da en la teoría del lenguaje de Locke, vid., supra nota 419- y las de comportamiento-*behavioral theories* que equiparan aquel con los estímulos o respuestas que evoca) encontrarían el mismo problema: "Independientemente del tipo de entidad con la que tratamos de identificar el significado, encontramos muchas cosas predicables en relación a dicha entidad, pero que no estaríamos dispuestos a afirmar con respecto a un significado y viceversa"; vid., 1964, p. 20.

⁴⁴⁹ Es lo que ocurre en este último caso con los términos indexicales, expresiones deícticas o, en expresión de Russell, *particularidades egocéntricas* ('yo', 'tú', 'esto', 'aquí', 'ahora', etc.). El significado de 'yo', por ejemplo, es siempre el mismo (el hablante), pero el referente varía para cada uno de ellos; vid.,

signos lingüísticos o expresiones que cuentan con significado pero no referencia (términos sincategoremáticos como las preposiciones⁴⁵⁰).

La primera dificultad, la existencia de expresiones con distintos significados pero igual referencia, fue puesta de relieve sobre todo por Russell y Frege en relación con la caracterización más adecuada de los nombres propios. La teoría semántica de Kripke (conocida como 'teoría causal de la referencia'⁴⁵¹) constituye, precisamente, una defensa original y controvertida de la primigenia concepción milliana sobre aquellos términos (dotados de denotación pero no de connotación⁴⁵²). Un paso más en esa dirección es el dado por Putnam al extender los presupuestos semánticos kripkeanos para dar cuenta también del significado de los términos de clase natural.

¿Por qué razón, en una tradición filosófica que arranca del *Teeteto* de Platón y que tiene en Mill su formulación paradigmática, se considera que los nombres propios carecen de intensión, y por tanto su denotación 'agota' la referencia de los mismos, a diferencia de los nombres comunes? La respuesta de Frege y Russell

Russell, 1964, p. 121.

⁴⁵⁰ Vid., en este sentido el propio Moore, 1985, p. 300.

⁴⁵¹ Putnam, 1975b, p. 176 y 1975c, p. 198. Quentin Smith ha argüido en favor de la paternidad de la teoría de Ruth Barcan Marcus, autora de la que Kripke, según Smith, habría adoptado los mimbres para elaborar su construcción teórica (concretamente del trabajo de Marcus de 1961, "Modalities and Intensional Languages" en donde se encontrarían ya las defensas de las nociones de verdad necesaria *a posteriori* y de la designación rígida de los nombres propios) ganando así injustamente la fama; vid. Smith, 1995, pp. 179-188. La visión de Smith ha sido rebatida por Scott Soames en 1995, esp. pp. 191-209, y Smith a su vez ha replicado en 1995, pp. 217-244.

⁴⁵² Vid., Kripke, 1988, pp. 26-29, y asimismo, Raymond D. Bradley, 1984, pp. 71-73 y José Hierro S. Pescador, 1978, pp. 191-193 (el propio Hierro se ha mostrado partidario de la concepción de Mill y Kripke, *ibid.*, pp. 187-188, 195), y 1982, p. 285.

es que en otro caso habríamos de admitir la existencia de enunciados de identidad de naturaleza contingente⁴⁵³ o bien de oraciones analíticas con un predicado que no resulta verdadero por definición, lo cual es ciertamente contraintuitivo. Supongamos las expresiones "Shakespeare" y "el autor de Hamlet" como idénticas (esto es, portadoras de los mismos significados y referencias). A partir de (1) "Shakespeare es el autor de Hamlet" podríamos derivar (2) "El autor de Hamlet es el autor de Hamlet". Pero (1) es una oración informativa (cuya verdad sólo cabe demostrarse empíricamente) y (2) en cambio es analítica. Como es ampliamente conocido, pues han sido dos de las cuestiones más debatidas y sobre las que ha girado gran parte de la filosofía del lenguaje de este siglo⁴⁵⁴, las soluciones respectivas de Frege y Russell fueron la introducción de un tercer elemento-el *sentido*, o modo de darse lo designado-además del significado y la referencia⁴⁵⁵, y la caracterización de los nombres propios como abreviaturas de un conjunto de descripciones.

El planteamiento kripkeano, como antes afirmé, vindica la posición milliana con el auxilio de una metafísica esencialista articulada en torno a la noción de

⁴⁵³ En notación lógica, expone Kripke el argumento contra la posibilidad de enunciados contingentes de identidad en la siguiente forma: la ley de substitutividad de los idénticos afirma que para cualesquiera objetos x e y , si x es idéntico a y , y x tiene una cierta propiedad F , también la tendrá y .
 (1) $(x)(y)[(x=y) \supset (Fx \supset Fy)]$; por otro lado, siendo todo objeto necesariamente idéntico a sí mismo,
 (2) $(x)\Box(x=x)$ tenemos
 (3) $(x)(y)(x=y) \supset [\Box(x=x) \supset \Box(x=y)]$ y así concluir que para toda x e y , si x es igual a y , entonces es necesario que x sea igual a y , eliminamos $\Box(x=x)$ del condicional puesto que se sabe es verdadera y obtenemos, (4)
 $(x)(y)((x=y) \supset \Box(x=y))$; vid., 1991, p. 99.

⁴⁵⁴ La literatura sobre el particular es literalmente inabarcable. Cabe destacar en castellano, las obras generales de García-Carpintero, 1996 (especialmente capítulos 6, 7 y 8); Hierro, 1982, y las recopilaciones de Muguerza, J., *La concepción analítica de la filosofía* (2Vols), Madrid, Alianza, 1974; Luis Ml. Valdés Villanueva, *La búsqueda del significado*, Madrid, Tecnos, 1991.

⁴⁵⁵ Vid., Gottlob Frege, 1991, pp. 25-26 y la iluminadora explicación de Nubiola; vid., 1984, p. 208.

verdad para todo mundo posible⁴⁵⁶: tanto en el caso de los nombres propios, nos dice Kripke, como en el de las, por él llamadas, 'identificaciones teóricas' (que se corresponden con las definiciones de carácter científico como las del 'agua', el 'calor', etc.) los enunciados de identidad son necesarios y no contingentes, *si es que son verdaderos*⁴⁵⁷. Y ello porque, en ambos casos, Kripke entiende tanto los nombres propios como el término teóricamente identificado o definido, como un *designador rígido*, en oposición a los *designadores accidentales o no rígidos* como por ejemplo la descripción ("el autor del *Teeteto*") asociada al nombre de "Platón", que es accidental porque aunque dicha expresión se refiera o designe a Platón, cabe imaginar un mundo en el cual éste no hubiera sido el autor de la mencionada obra. Por contra, el designador rígido es así: "¡un término que designa al mismo objeto en todos los mundos posibles!"⁴⁵⁸. Lo cual no implica, nos previene Kripke, la afirmación de una existencia *necesaria*, sino que en cualquier mundo posible donde el objeto en cuestión exista, usaríamos ese designador rígido. La designación no accidental de los nombres propios es el fruto, nos dice Kripke, de una cadena referencial que se retrotrae en el tiempo hasta el primer acto de 'bautismo'. De ahí que se haya denominado a su concepción semántica *teoría*

⁴⁵⁶ Vid., Juan A. Nuño, 1987, pp. 3-5 y Nubiola, 1984, pp. 151, 247. Esta noción opera, como es sabido, como presupuesto de la lógica modal. Con su importación al ámbito de la filosofía del lenguaje, Kripke y Putnam han contribuido decisivamente al desarrollo de la 'semántica de los mundos posibles' en los últimos años; vid., por todos, M.J. Cresswell, *Semantical Essays. Possible Worlds and their Rivals*, Kluwer Academic Publishers, 1988 y David Lewis, 1972, pp. 169-218. En relación a la semántica de los nombres propios, Searle ha defendido una tesis intermedia entre las propuestas de Frege-Russell y Mill: los nombres propios no tienen connotación si con ello se quiere decir que se usan para describir o especificar características de los objetos. Lo cual no implica que no están conectados, aun laxamente, con las características del objeto referido; vid., Searle, 1994, pp. 166-177.

⁴⁵⁷ Vid., Kripke, 1991, p. 108.

⁴⁵⁸ Ibid, pp. 108-109 y 1988, p. 48.

*causal de la referencia*⁴⁵⁹. Se trata, justamente, de la explicación contraria al descriptivismo de Russell sobre el significado de dichos términos⁴⁶⁰. La descripción definida, en Russell, es lo que nos da la ruta hacia el objeto referido para reconocerlo. Para referir debemos conocer algo acerca de éste que sea suficiente para identificarlo. Incluso los nombres propios, aun de forma abreviada, han de compendiar tal conocimiento para poder así determinar la extensión de los mismos. Para Kripke, en cambio, no necesitamos descripción o familia de descripciones alguna. Aquellos términos, así como los de clases naturales, conservan una cierta independencia de las creencias de los usuarios (las connotaciones). Lo único que se precisa es una cadena continua de tradiciones denotativas que se remonta hasta el acto de bautismo en el que lo denotado, o una muestra de ello, es señalado por ostensión⁴⁶¹.

Evidentemente son muchas y de muy distinto alcance las críticas esgrimidas al autor de *Naming and Necessity*, y los límites y objeto de este trabajo impiden tomarlas todas en consideración como merecerían. Me detendré, siquiera sea de manera no pormenorizada, en dos ordenes de objeciones que se han desarrollado criticando el planteamiento de Kripke.

En primer lugar, se ha censurado el vicio de circularidad de su argumentación (o alternatively, y para evitarlo, la vacuidad de la noción de

⁴⁵⁹ Vid., Evans, 1977, p. 192.

⁴⁶⁰ Vid., Nubiola, 1984, p. 189 y Schwartz, 1977, pp. 18-20.

⁴⁶¹ Vid., Mohan Matthen, 1984, pp. 46-47; R.B. De Sousa, 1974, pp. 448, 450; Schwartz, 1977, pp. 32-34 y Bradley, 1984, pp. 60-61 (objetando por confundente la denominación de 'teoría causal').

designación rígida). En segundo término, se ha achacado el carácter contraintuitivo de la idea de verdad necesaria 'a posteriori'. Veámos las razones de ambos tipos de crítica por orden.

Nuño, entre otros, ha denunciado la circularidad de la justificación kripkeana de la designación rígida, pues según su lectura de Kripke, la tesis nos diría que los nombres propios no se pueden reducir (a un conjunto de descripciones) porque designan rígidamente, y designan rígidamente porque son irreducibles. O, planteado de otra forma, si reparamos en la definición kripkeana de dicha noción con el trasfondo de los mundos posibles ("un designador es rígido si designa a la misma unidad extralingüística en todos los mundos posibles en los que tiene un referente") se abre el interrogante: ¿cómo determinar que es la misma unidad extralingüística? Si se responde que el criterio es el nombre propio incurrimos en una petición de principio. Si, por contra, se aduce que la identificación se basa en la descripción del sujeto, desaparece la rigidez. Sólo queda la alternativa de dar entrada a un criterio extralingüístico: la defensa de una ontología anclada en las propiedades esenciales de re. Es la misma unidad extralingüística porque con el nombre designamos los rasgos esenciales que han de concurrir necesariamente en ese objeto o sujeto para que exista como tal en cualquier circunstancia⁴⁶².

⁴⁶² Vid., Nuño, 1987, pp. 7-8 Nubiola, 1984, pp. 77, 163 y en la misma línea De Sousa, 1974, p. 452, Danielle Macbeth, 1995, p. 260, y Bradley, 1984, pp. 60-62. La forma de presentarse la petición de principio kripkeana evoca la misma falacia de San Anselmo en su demostración sobre la existencia de Dios desarrollada en el *Proslogium*: (1) la razón encuentra en sí misma la idea del ser sumo en el que se puede pensar (Dios), (2) si dicho ser sólo existiera en la mente, no sería el mayor ser cogitable, pues todavía cabría imaginar un ser superior a Él que existiera también en la realidad, por tanto (3) la idea de ser sumo exige su existencia. Este argumento, denominado por Kant 'ontológico' (vid., *Kritik der reinen Vernunft*, traducción de José Rovira Armengol, *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada, 1986, 9ª edición, por la que se cita, pp. 250-256) fue rebatido por este mismo de la siguiente forma: "Vosotros habéis cometido ya una contradicción cuando en el concepto de una cosa que habéis querido pensar únicamente por su posibilidad, habéis introducido ya, aunque sea con nombre oculto, el concepto de su

Y el problema es que esta conclusión ha pretendido ser evitada por el propio Kripke. No debemos tomarnos demasiado en serio, afirma cautelarmente, la metáfora de los mundos posibles⁴⁶³ pues con dicha noción no se hace referencia a mundos completamente desarticulados del nuestro, a entelequias indiscernibles o galaxias lejanas a las que sólo cabe acceder al modo del astrónomo provisto del mejor telescopio. Con las ideas de mundos posibles y designaciones rígidas Kripke pretende, tan sólo, dar cuenta de usos lingüísticos comunes, no paradójicos⁴⁶⁴, como los enunciados contrafácticos, que parecen presuponer, como condición de posibilidad, dicha designación no accidental⁴⁶⁵. Nuestras prácticas lingüísticas demuestran que nos referimos inteligiblemente a cómo los acontecimientos o personas *podrían haber sido de no ser como son o fueron*⁴⁶⁶; si no hubiera designación rígida, la contrafacticidad de proposiciones del tipo "supongamos un mundo en el que el agua no hierva a 100°" no sería aprehensible, pues para ello

existencia. Si se os concede eso, en apariencia habéis ganado ya la partida; pero en realidad no habéis dicho nada, puesto que habéis cometido una mera tautología"; *ibid.*, p. 253.

⁴⁶³ De acuerdo con Nubiola, David Lewis es de los autores que con mayor 'seriedad' adopta la metáfora. Prueba de ello es su insistencia en lograr un criterio transmundo de identificación ontológica (*transworld identification*); *vid.*, Nubiola, 1984, pp. 172-173.

⁴⁶⁴ No paradójico en el sentido de que describimos las situaciones contrafácticas no solamente en términos estrictamente cualitativos; es decir que afirmamos, por ejemplo, "Nixon hubiera logrado meter a Carswell en la cárcel si hubiera hecho tales y cuales cosas", y no "si un hombre que se hace la raya del pelo de tal y cual manera, y mantiene tales y cuales opiniones políticas, hubiera sobornado a un hombre que era senador, con tales y cuales cualidades, etc..."; Kripke 1991, pp. 111-114 y 1988, pp. 44-45. En parecida forma argumenta M.J. Cresswell. El que objeta al usuario de la noción de mundos posibles basándose en la dificultad de responder a la pregunta sobre la existencia de estos, tendría que estar dispuesto a asumir también la imposibilidad de responder a la pregunta sobre si el pasado existe. No se trata de tal cosa según Cresswell; es decir, no tiene sentido la discusión ontológica de los mundos posibles, pero sí procurar determinar hasta qué punto son constructos que contribuyen al establecimiento de una teoría sistemática del mundo que observamos, (más concretamente a consolidar los cimientos de la lógica modal; *vid.*, 1988, pp. 3-7).

⁴⁶⁵ Así por ejemplo interpretan la concepción semántica kripkeana, Macbeth, 1995, p. 262; Bradley, 1984, pp. 60-61; Nubiola, 1984, pp. 158, 291 y R.B. De Sousa, 1974, p. 459.

⁴⁶⁶ Kripke, 1991, pp. 111-114 y 1988, pp. 49, 77-78.

tenemos que suponer que en los dos mundos nos referimos a lo mismo con el término 'agua'. Y ello a diferencia, indica Kripke, de las proposiciones axiomáticas aritméticas: no cabe decir que la raíz cuadrada de 81 pudiera haber sido distinta del 9; es decir, los mundos posibles que aquel caracteriza serían en todo caso, mundos *lógicamente* posibles⁴⁶⁷.

Claro que entonces (segundo orden de críticas a Kripke) cabría objetar: ¿cómo es posible hablar de identificaciones teóricas como enunciados que incorporan verdades necesarias para todo mundo posible, de carácter sintético, y no resultantes de un conocimiento apriorístico? (esta es la pregunta, por supuesto, que centra el esfuerzo kantiano de la *Crítica de la razón pura*). La tesis de Kripke, recuerdo, es precisamente esa (vid. supra): ciertos enunciados de identidad entre nombres aunque con frecuencia se conocen a posteriori, *son de hecho necesarios si es que son verdaderos*. Pero esta es una tesis que, como ha señalado Margarita Valdés, parece ir en contra de nuestras intuiciones y de una arraigada tradición filosófica⁴⁶⁸: en Kant y Leibniz, las categorías de conocimiento *a priori* resultan precisamente vinculadas con proposiciones necesarias sobre el objeto⁴⁶⁹. Y ello parece plausible si entendemos que si alguien puede saber que algo es verdadero sin recabar en su experiencia sobre el mundo, entonces la verdad de esa proposición no depende de como el mundo resulta ser. Si efectivamente se diera

⁴⁶⁷ Kripke, 1991, pp. 111-113 y Hierro, 1990, p. 69. .

⁴⁶⁸ Vid., 1988, pp. 84-85 y Albert Casullo, 1977, p. 152.

⁴⁶⁹ Así Kant cuando afirma: "[s]i se halla una proposición que tiene que ser pensada con carácter de necesidad, esa proposición es un juicio *a priori*"; *Kritik der reinen Vernunft* (traducción al español de José del Perojo, *Crítica de la razón pura*, , Buenos Aires, Losada, 1938, 12ªed, 1986, por la que se cita, Vol. I, pp. 148-149).

tal dependencia, una inquisición que no tuviera en cuenta cómo de hecho es el mundo no podría mostrar la verdad de lo que se predica⁴⁷⁰.

La respuesta de Kripke ha consistido en señalar que la aprioricidad y la necesidad, pertenecen a dos ámbitos distintos: un enunciado es necesario cuando es verdadero y no podría haber sido otro el caso (en otro supuesto, el enunciado será contingentemente verdadero). La necesidad es así una variable que pertenece al dominio de la metafísica. Por otro lado, una verdad es *a priori* cuando puede conocerse como tal independientemente de toda experiencia. La aprioricidad tiene por tanto carácter epistemológico⁴⁷¹. Puede ser el caso, entonces, que lo que sea necesario sea algo cognoscible *a priori*, pero no tiene que ser necesariamente así. Para ilustrar la distinción Kripke usa el ya célebre ejemplo del 'atril de hielo'. Suponemos, dice, que este atril que tengo delante de mis ojos podría haber sido hecho de hielo. En ese caso no sería este mismísimo atril que, de hecho, está fabricado con madera. Todo mi juicio, prosigue, de que el atril efectivamente no es de hielo es *a posteriori*, si bien el enunciado de que el atril, si de alguna manera existe, no está hecho de hielo, es necesario⁴⁷².

Aunque un análisis exhaustivo de las implicaciones del ejemplo de Kripke nos obligaría a explorar territorios filosóficos sin duda ajenos a nuestro objeto prioritario de interés, entiendo que, con precauciones, algunas matizaciones se

⁴⁷⁰ Vid., David Bostock, 1988, p. 343 y Valdés, 1988, pp. 84-85.

⁴⁷¹ Vid., Kripke, 1988, pp. 34-39.

⁴⁷² Kripke, 1991, pp. 113-118.

pueden introducir.

Que, como parece afirmar Kripke, el estatuto modal de ciertas proposiciones sea algo derivado de la experiencia, se sigue en función de lo que estipulemos por *necesidad o conocimiento a priori*⁴⁷³. El entendimiento convencional de lo *necesario* es que un enunciado es necesariamente verdadero cuando es verdadero con respecto a todos los mundos posibles. Las proposiciones candidatas a engrosar esa categoría son, en principio, las verdades lógicas o analíticas (en el sentido kantiano de predicados contenidos en el sujeto), si las significaciones de los términos se mantienen constantes. Que con respecto a las mismas se afirme, además, que son cognoscibles *a priori*, no quiere decir que en todo caso no hay una *prioridad temporal* en la percepción sensorial de la que derivaría el juicio. A lo que se alude es a la independencia de la *justificación*⁴⁷⁴. Que el atril no está hecho de hielo es efectivamente una constatación *a posteriori* (dependiente de la experiencia), pero resulta menos sencillo advertir por qué tal proposición es *necesaria* en el sentido anteriormente estipulado. Necesariamente este atril no está hecho de hielo, implica, de acuerdo con Kripke, que en un mundo posible en el que fuera de hielo, el atril no sería el mismo. Pero, cabría preguntarse legítimamente, ¿hace falta una constatación 'empírica' para llegar a una conclusión

⁴⁷³ W.V.O. Quine ha sugerido, por ejemplo, que para Kripke la necesidad metafísica se correspondería con la necesidad *de re*, y la verdad *a priori* con la necesidad *de dicto*; vid., 1972, p. 492.

⁴⁷⁴ Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 86-95. El propio Kant habría distinguido así entre principios o conocimientos *a priori puros* de los que no lo son. Las proposiciones matemáticas pertenecerían al primer grupo, y no así un enunciado como "todo cambio exige una causa", pues el concepto de 'cambio' es formado a partir de la experiencia (vid., *Crítica de la razón pura*, pp. 148-149; como ha subrayado García-Carpintero-vid., 1996, p. 89-si se prosigue en esa línea argumental, y se entiende por experiencia la adquisición del lenguaje, no habría en realidad juicios *a priori puros*).

tal, que parece meramente un desideratum de una ley lógica como que todo objeto es necesariamente idéntico a sí mismo?⁴⁷⁵

Hilary Putnam, por su parte, ha avanzado un paso más en el rumbo marcado por Kripke, para concluir afirmando que también los términos referidos a clases naturales de cosas ('agua', 'oro', etc.) pueden ser considerados designadores rígidos. El camino recorrido por este autor parte, con todo, de un propósito diferente: su pretensión fundamental es despejar y clarificar la ambigüedad intensión/extensión de la noción de significado con la que, según él, ha convivido la teoría semántica tradicional. Dicha ambigüedad surge del intento de conciliar dos supuestos que, en su opinión, no es posible satisfacer simultáneamente: (1) conocer el significado de un término está en función de hallarse en un cierto estado psicológico y (2) el significado de un término (en el sentido de intensión) determina su extensión.

De acuerdo con Putnam no cabe concebir que el mismo estado psicológico de dos hablantes con respecto a un término dado sea el determinante de su

⁴⁷⁵ Esta crítica, a partir de la distinción entre estatutos modales genéricos y específicos ha sido desarrollada por Casullo; vid., 1977, pp. 153-154. Por lo primero (estatuto modal genérico) entiende Casullo la necesidad o contingencia con independencia de que lo afirmado sea necesariamente falso o verdadero o contingentemente falso o verdadero. Esto último (la verdad o falsedad necesaria o contingente) constituiría precisamente el estatuto modal específico de la proposición. Su determinación, nos dice Casullo, implica conocer su estatuto modal genérico y su valor de verdad. En los supuestos en que este último es a posteriori, el conocimiento del estatuto modal específico será a posteriori, aunque el conocimiento del estatuto modal genérico sea a priori. En el ejemplo de Kripke, la necesidad de su estar hecho de madera es a posteriori, puesto que el valor de verdad de la proposición sobre ese objeto físico que posee esa propiedad es a posteriori. Pero Kripke no niega (sino que explícitamente reconoce) que el conocimiento sobre el estatuto modal genérico de proposiciones sobre propiedades esenciales es a priori (independiente de toda experiencia). Vid., asimismo criticando la tesis de Kripke, Valdés, 1988, pp. 86-87. y Alfonso García Suárez, 1978, pp. 291-292.

extensión⁴⁷⁶. La demostración de esta afirmación apela, así como en el caso de Kripke, a la noción de mundo posible. Su ejemplo, ya clásico, es el de un planeta ('Tierra gemela')⁴⁷⁷, donde el líquido llamado 'agua' no es una molécula compuesta de dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno (H_2O) sino uno cuya fórmula química es denominada XYZ. Este elemento no se distingue del agua en condiciones físicas de presión y temperaturas normales, sabe como el agua y quita la sed, e igualmente que en la Tierra, los mares, lagos y océanos lo contienen en abundancia y llueve XYZ. Pues bien, una nave enviada desde la Tierra a dicho planeta transmitiría a su base, una vez descubierto que en 'Tierra gemela' el significado de agua no es H_2O , que: "en 'Tierra gemela', la palabra 'agua' significa XYZ" y a la inversa para los supuestos visitantes de la Tierra procedentes de 'Tierra gemela'. Comprobamos así, dice Putnam, que no hay problema alguno que tenga que ver con la extensión del término; los significados de éste, eso sí, son distintos (en cuanto a su intención). Supongamos ahora, prosigue con su ficción, que retrocedemos al año 1750 momento este en el que todavía la química no se ha desarrollado suficientemente en la Tierra ni tampoco en 'Tierra gemela', para determinar, en cada caso, la composición de la sustancia. De tal forma que cabe afirmar que dos hablantes de ambos planetas tienen iguales creencias acerca del 'agua'. Nos vemos inmersos entonces en el siguiente dilema. Podemos decir que puesto que el habitante de la Tierra y su contraparte de Tierra gemela comparten dicho estado psicológico, la palabra 'agua' que ambos usan tiene para los dos el

⁴⁷⁶ Vid., Putnam, 1991, pp. 136-138.

⁴⁷⁷ Aunque en la versión castellana por la que cito, se emplea la expresión 'Otra Tierra', he preferido la traducción más fiel como 'Tierra gemela' del término usado por Putnam, *Twin Earth*. Creo que, además, contribuye a la mejor comprensión de los argumentos que desarrolla a partir del ejemplo (García-Carpintero, por su parte, utiliza la expresión 'Bitierra'; vid., 1996).

mismo significado, pero *diferente extensión*: 'agua' en la Tierra denota H₂O, y en cambio XYZ en Tierra gemela, con lo cual el referente es independiente del significado. O bien, por el contrario, mantener que la diferencia en extensión implica una divergencia en el significado y por tanto que la palabra en la Tierra y el mismo término en Tierra gemela no significan lo mismo pese a que los hablantes se encuentran en el mismo estado psicológico. El significado en este caso viene determinado, arguye Putnam, por la naturaleza de la sustancia en cuestión⁴⁷⁸. ¿Por qué hemos de aceptar tal conclusión?

La razón que esgrime Putnam es que si consideramos, como supuesto más básico, la definición ostensiva de 'agua' (alguien señalando un vaso que contiene este líquido), el presupuesto empírico para que esa referencia se acepte es que exista una relación de 'mismidad' ('mismo_L' en su propia expresión⁴⁷⁹) con la mayor parte de la sustancia a la que el hablante y otros miembros de su comunidad lingüística han convenido en llamar 'agua' en otras ocasiones. Si la relación 'mismo_L' no se diera (lo que señalo es en realidad ginebra), el propio hablante no pretendería la aceptación de la definición. Dicha relación, indica Putnam, es de carácter teórico; descubrible empíricamente: "Así, el hecho de que un hispano-hablante podría haber llamado 'agua' a XYZ en 1750, aunque él o los que siguiesen no habrían llamado agua al XYZ en 1800 o en 1850, no significa que el 'significado' de 'agua' cambiara en ese intervalo para el hablante medio"⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸Putnam, 1991, pp. 139-141.

⁴⁷⁹Ha de entenderse que con el subíndice 'L' se está refiriendo a líquido.

⁴⁸⁰Putnam, 1991, p. 142. Nótese la semejanza con el argumento de Moore. Vid. supra 4:1.

De ahí que quepa por tanto hablar de una especie de 'división del trabajo lingüístico': no todos los hablantes tienen igual competencia para refutar o confirmar la relación de 'mismidad'⁴⁸¹. Si no hubiera nadie con dicha capacidad, concluye Putnam, no se podrían emplear las palabras que designan clases naturales como 'aluminio', 'oro', etc. La extensión de dichos términos no viene determinada por estado psicológico alguno del hablante, sino por el 'estado sociolingüístico' de la comunidad a la que pertenece⁴⁸²; en sus propias palabras,

*Il la extensión de un término no se fija mediante un concepto que el hablante individual tenga en su cabeza, y esto es verdadero tanto porque la extensión está, en general, **socialmente** determinada-hay una división del trabajo lingüístico de igual modo que la hay de trabajo 'real'-cuanto porque, en parte, la extensión se halla determinada **indicadoramente**. La extensión de nuestros términos depende de la naturaleza real de las cosas particulares que sirven de paradigmas, y esta naturaleza real no es conocida por los hablantes en general⁴⁸³*

La alternativa a esta tesis (que Putnam caracteriza de 'antirealista') tendría que, por insistir en el criterio del estado psicológico, renunciar a la idea de extensión (que se encuentra atada, arguye, a la noción de 'verdad' por cuanto aquella es: "aquello de lo cual (el término) es verdadero"⁴⁸⁴). Esta es una opción que cabría adoptar en el caso de los indexicales como 'yo' (en su expresión; palabras 'absolutamente indicadoras'), pero no así para los términos de clases naturales que

⁴⁸¹ Vid., Putnam, 1975c, p. 205.

⁴⁸² Ibid. pp. 144-146. Dichos términos son denominados por Putnam 'palabras indicadoras' que equivale al concepto kripkeano de 'designador rígido'.

⁴⁸³ Putnam, 1991, p. 164 (cursivas suyas).

⁴⁸⁴ Ibid. p. 154.

viene considerando⁴⁸⁵. La propuesta de Putnam pasa, por el contrario, por la concepción del significado a la manera de una 'magnitud vectorial'; esto es, como una cuaterna de componentes; a saber: (1) marcador sintáctico ('nombre', 'pronombre', etc...), (2) marcador semántico (es decir, aquella característica del objeto referido que de no darse nos haría pensar que el objeto es otra cosa⁴⁸⁶), (3) estereotipo (descripción de los rasgos adicionales de lo designado) y (4) extensión⁴⁸⁷. De tal forma que los tres primeros componentes del 'vector significado' tienen que ver con la competencia del hablante y no así el último de ellos. Aplicando este esquema al caso de la palabra 'agua', resultaría el 'vector': (1) nombre, (2) clase natural; líquido, (3) incoloro, transparente, insípido, que calma la sed, etc. y (4) H₂O. El vector de 'agua' en 'Tierra gemela' tendría las mismas magnitudes con excepción de (4) que sería XYZ. Es decir, y en línea con la tesis fundamental desarrollada por Putnam a lo largo de todo el trabajo, atribuimos a los hablantes de ambos mundos igual competencia lingüística, sin que ello implique igualdad extensional. De las dos tesis que exponía Putnam al inicio de su argumentación como características de la semántica tradicional y que entendía

⁴⁸⁵Y la razón es la siguiente: supongamos que los términos 'haya' y 'olmo', intercambian sus papeles en la Tierra y en 'Tierra gemela'; es decir en ésta, a lo que nosotros llamamos 'haya' ellos denominan 'olmo' y a la inversa. No diríamos, indica Putnam, que 'olmo' tiene allí el mismo significado que en la Tierra, aunque su estereotipo de haya (para él 'olmo') sea idéntico a nuestro estereotipo de olmo. Afirmaríamos que en el idioma de la 'Tierra gemela', 'olmo' significa 'haya'; vid., Putnam, 1991, pp. 164-165.

⁴⁸⁶Es clara aquí la invocación de 'propiedades esenciales': hay una capacidad de revisión de nuestros estereotipos de los objetos que llega hasta cierto punto (entiendo yo hasta su 'esencialidad'). Por ejemplo, con respecto a los tigres, es posible revisar nuestra imagen de ser animales con la piel rayada (existen tigres albinos). Pero si se descubriera que se trata, en realidad, de artificios mecánicos controlados desde Marte (ejemplo que indica el propio autor es tomado de J. Katz y J.A. Fodor), se hace 'cualitativamente más difícil' revisar el enunciado 'todos los tigres son animales'. Putnam, 1991, pp. 188-189.

⁴⁸⁷ Vid., Putnam, 1975a, p. 150.

incompatibles (vid. supra), acaba rechazando la primera de ellas⁴⁸⁸.

La tesis de Putnam, como se ha apuntado, se apoya sobre la visión (realista) de la existencia de géneros o clases naturales como *esencias reales*; esto es, independientes de nuestros intereses, ideas o prácticas convencionales referenciales. Como en el caso de la designación rígida de los nombres propios de Kripke, la aproximación de Putnam parece dar mejor cuenta de nuestras intuiciones en relación con el uso de dichos términos que la alternativa 'internista' o 'convencionalista' (en el sentido de Moore), que entendería las esencias de lo referido como *esencias nominales* (el conjunto de características o propiedades de un objeto que justifica su clasificación en un determinado género o clase). En el ejemplo de 'Tierra gemela' desarrollado por Putnam, el adversario innombrado sería, de acuerdo con García-Carpintero, la teoría del lenguaje de John Locke. Su planteamiento nominalista-internista es el *desideratum* lógico de su visión de que las palabras significan inmediatamente ideas en la mente del usuario de las mismas⁴⁸⁹.

¿Qué implicaría entonces afirmar que el significado de los términos de clase natural es una esencia nominal y no real? Como vimos anteriormente al describir el proyecto de Putnam y la afirmación de Moore, la consecuencia sería entender que los cambios en el racimo de dichas propiedades justificatorias de la inclusión, debido a nuevos descubrimientos, no arrastran consigo la constatación del error

⁴⁸⁸ Vid., Putnam, 1991, pp. 188-192.

⁴⁸⁹ Vid., 1996, pp. 118-127.

clasificadorio previo, sino la existencia de otro (u otros muchos) significados de lo designado⁴⁹⁰. El realismo o 'externismo semántico del sentido común'⁴⁹¹, por tomar la esencia nominal como un mero indicador falible de la esencia real (la *constitución interna* de los objetos descubrible empíricamente y responsable última de las propiedades que percibimos sensorialmente) explicaría de manera más adecuada nuestra intelección cotidiana de que anteriormente estábamos equivocados; el hecho de que podamos creer la verdad de una proposición que designa a algo como perteneciente a una clase ("esto es plata") aunque de hecho sea falso. Ello es posible si el significado de 'plata' refiere a algo objetivo que no es producto del lenguaje o pensamiento humanos⁴⁹². O piénsese en el ejemplo de Putnam de *Language, Mind and Reality*⁴⁹³ tomado por Moore para describir los defectos de una teoría semántica de tipo criteriológico. Antes del descubrimiento del origen vírico de la poliomelitis, el significado de dicho término se asociaba con los distintos síntomas (criterios) que llevaban a los doctores a diagnosticar la presencia o no de la enfermedad. Si esto era así, proposiciones como "creo que la persona tiene polio a pesar de la ausencia de alguno de los síntomas" o "sí que tiene todos los síntomas pero no creo que tenga polio", serían sinsentidos. Sin embargo, los médicos decían tales cosas frecuentemente, con lo cual uno ha de reconstruir lo que 'polio' significaba antes de que su origen fuera descubierto. Y esa reconstrucción implica afirmar, según Moore que: "Ellos asumían que la polio

⁴⁹⁰ Vid., García-Carpintero, 1996, pp. 118-119.

⁴⁹¹ La expresión es de García-Carpintero; Ibid., p. 125.

⁴⁹² Id., y Kripke, 1988, pp. 118-119.

⁴⁹³ Vid., p. 329.

tenía una naturaleza o esencia escondida que la ciencia debía descubrir. Era esta naturaleza escondida desconocida la que determinó la extensión de 'polio', no los criterios usados, los síntomas de la polio"⁴⁹⁴.

En ese sentido, muchas de las críticas esgrimidas frente a Kripke y Putnam, parecen compartir el presupuesto realista⁴⁹⁵. Así, y a partir del propio ejemplo de 'Tierra gemela', se ha sostenido que pudiera ocurrir que finalmente la molécula H_2O sea tan sólo una especie del género agua que también incluiría a XYZ. Como afirma Li: "Podemos convenir que si XYZ no pertenece a la clase natural 'agua', entonces no es agua (una tautología). Pero la disputa es realmente acerca de si 'agua' es una clase taxonómicamente más amplia que contiene H_2O y XYZ como subclases. Así como podría aparecer que existen dos clases de tigres, no hay razón para afirmar que puesto que H_2O es agua, XYZ no pueda ser agua: puede que haya dos clases de agua y tanto H_2O como XYZ sean agua. Así como hay dos clases de elefantes pero el término 'elefante' es pese a todo un término de clase natural que designa la familia *Elephantidae*, si hay dos clases de agua, el término 'agua' puede permanecer como un término de clase natural que designa el género agua. Por tanto, 'agua = H_2O ' no es una verdad necesaria"⁴⁹⁶.

Una conclusión similar ha sido también sugerida por Eddy M. Zemach a partir

⁴⁹⁴ Moore, 1981, p. 206. De nuevo comprobamos la confusión entre causas de los fenómenos y su significado. Seguramente los médicos podrían utilizar con pleno sentido el término, aun desconociendo el origen de la enfermedad, si el mismo tiene carácter definicional.

⁴⁹⁵ No así, obviamente, las objeciones de los que se dirigen a negar la propia idea de 'clase'.

⁴⁹⁶ Vid., Chenyang Li, 1993, p. 274.

de las propias premisas de Putnam⁴⁹⁷. Recordemos que de acuerdo con éste, para determinar si algo es o no 'agua' hemos de descubrir en primer lugar si tiene la misma naturaleza que la mayoría de esa sustancia a la que los hablantes de mi comunidad lingüística en otras ocasiones han llamado 'agua'⁴⁹⁸. Pero, ¿quiénes son los miembros de dicha comunidad? Si también forman parte de la misma los habitantes de 'Tierra gemela' que por hipótesis son hablantes de nuestra lengua, a lo que todos convenimos en llamar agua no es ni H₂O ni XYZ, sino ambas cosas, con lo cual la extensión del término en los dos planetas es idéntica. Alternativamente, cabría excluir a los habitantes de 'Tierra gemela' de la comunidad lingüística, pero esta estrategia tampoco resulta fructífera pues los propios habitantes de la Tierra (que sí serían miembros de la comunidad) podrían, sin que haya de resultar chocante, seguir llamando 'agua' a esa sustancia tan similar en Tierra gemela. E incluso seguir haciéndolo aunque después el estado de la química se desarrolle hasta el punto de saberse que aquella en realidad no es una molécula formada por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno sino algo que estipulativamente se ha de llamar XYZ. De hecho, eso es lo que ocurre en nuestro mundo. Sin necesidad de recurrir a la ciencia ficción podemos constatar que llamamos 'agua' a muchas sustancias que no tienen una estructura pura; es decir que son algo más que H₂O⁴⁹⁹. ¿Habría algún momento en el que se pudiera decir que se usan de forma ordinaria términos referidos a clases naturales dada la

⁴⁹⁷ Vid., 1976, pp. 117-120.

⁴⁹⁸ Recuérdese que en el ejemplo imaginario, en 'Tierra gemela' llueve XYZ, los mares y lagos están compuestos primordialmente por dicha sustancia, etc. (vid. supra).

⁴⁹⁹ Asimismo Bix, 1992, p. 1326.

exigencia impuesta por Putnam?⁵⁰⁰

La crítica pues de Li y Zemach parece dirigirse en dos direcciones: por un lado, se constata que no es cierto que los hablantes tengan en cuenta el estado de la ciencia en el uso de los términos. Es más plausible suponer que el significado atribuido comúnmente es menos 'profundo'; es decir, los hablantes reparan en percepciones o paradigmas más básicos⁵⁰¹, o por tomar el vector semántico de Putnam, exclusivamente en el marcador semántico y el estereotipo. En definitiva, lo que Zemach parece estar sugiriendo sería una suerte de gradación dentro de la categoría genérica de 'términos de clase natural'⁵⁰². Así, en el extremo de la vinculación designación-estado del conocimiento, estarían las *identificaciones teóricas*. El descubrimiento del error, en estos supuestos, no conlleva meramente la extensión de la clase por el hallazgo de nuevas propiedades o la exclusión de instancias, sino directamente la desaparición del término: aunque nuestra comprensión sobre el 'aire' ha variado desde Aristóteles, no negamos que haya 'aire', pero sí que haya sustancias que antaño se postularon como el 'flogisto'⁵⁰³. En contraposición a las clases naturales quedarían englobados los términos puramente

⁵⁰⁰ Se debe tener en cuenta que esta conclusión plausible de Zemach y Li presupone una similitud absoluta de las dos sustancias en cuanto a las propiedades tradicionalmente asociadas al agua (color, sabor, etc.). Si la diferencia radica en su estructura atómica, se supone que habrá distintas reacciones químicas observables, aunque no sean tenidas en cuenta por los hablantes comunes en su uso ordinario de los términos (así da cuenta García-Carpintero del ejemplo de Putnam de 'Tierra gemela'; vid., 1996, pp. 120-121). Obviamente de no ser ese el caso (la similitud es total en todos los aspectos pero no en la estructura interna), lo que se produciría es una revolución absoluta en el paradigma dominante de la ciencia química, que llevaría a replantearse toda la configuración y entendimiento de los elementos químicos.

⁵⁰¹ Una idea esta que evoca la concepción lockeana del significado de los conceptos como formado a partir de 'ideas simples'; vid., García-Carpintero, 1996, pp. 117-118, 434.

⁵⁰² Algo similar ha sido señalado por Matthen; vid., 1984, pp. 49-50.

⁵⁰³ Ibid., p. 54.

definicionales, cuya proposición de significado establece una verdad analítica. Términos como 'soltero' designarían así clases nominales; pues no cabe descubrir empíricamente que, en contra de lo que se pensaba, no todos los solteros son adultos varones no casados o que la muerte no es el fin de la vida⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Vid., Macbeth, 1995, p. 265 y Schwartz, 1977, pp. 37-39. Resulta conveniente advertir que, desde la obra de Quine, "Two dogmas of empiricism", la distinción entre proposiciones analíticas y sintéticas está en entredicho. Como antes se indicó, a partir de la definición de Kant, una oración es analíticamente verdadera porque el predicado queda contenido en el concepto de sujeto como parte de él. Son las que Quine llama verdades por cambio de predicados o sustitución, a diferencia de las verdades lógicas del tipo "nadie que no esté casado está casado" que son propiamente (tauto)lógicas por su estructura o forma; vid., Quine, 1991, pp. 220-222. Las oraciones comúnmente entendidas como analíticas aparecen en una primera aproximación como encuadrables en las verdades lógicas o incluso como proposiciones que, por no estar formuladas metalingüísticamente, parecerían referirse a la realidad extralingüística, y por tanto resultarían susceptibles de ser entendidas como sintéticas. En realidad, "ningún soltero está casado" expresa exactamente lo mismo que en un lenguaje L+1: "la palabra 'soltero' significa en castellano 'varón que nunca ha estado casado' ". Bien es cierto que esta entonces, como afirmación referida a la existencia de una regla semántica del castellano, tendría carácter sintético y por tanto sería también falsable por los hechos (la realidad lingüística; vid., Hierro, 1982, pp. 268-273). Estas son las perplejidades que con respecto a la distinción analítico/sintético apuntó Quine en el trabajo antes referido, y que tiene el valor, como han afirmado Hierro y García-Carpintero, de haber hecho consciente a la filosofía del lenguaje de la necesidad de refinar nociones en exceso tomadas como autoevidentes o, al menos, muy acríticamente sedimentadas; nociones tales como *regla de uso*, *sentido aceptado* y *sinonimia*; vid., Hierro, 1982, pp. 266-267, 269 y García-Carpintero, 1996, 427-436. Pues efectivamente, aquellas verdades analíticas, aparentemente lógicas por el cambio de predicados, harían en puridad referencia a una estipulación o regla del lenguaje (como los axiomas y teoremas de la geometría o la aritmética). Excluidas entonces como verdades lógicas, la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos y por ende la explicación convincente de la naturaleza de la analiticidad, queda pendiente de la elucidación previa del concepto de *sinonimia*, noción que, como afirma Quine, "[n]o necesita menos aclaración que la de analiticidad"; vid., Quine, 1991, p. 223. Si diéramos con dicha explicación, habríamos convertido a las proposiciones por cambios de predicados en verdades lógicas del primer tipo. Ahora bien, no valdría afirmar que dicha transformación en verdades lógicas se produce por definición pues el que define (el lexicógrafo), desarrolla su tarea sobre la base de la constatación de una relación de sinonimia en la comunidad lingüística, con lo que no nos habríamos movido del punto de partida (y la misma circularidad resulta si se recurre al expediente de la 'explicación', entendiéndolo por tal la pretensión de mejorar un *definiendum* existente y no meramente la recolección de preexistentes sinonimias, pues finalmente descansa asimismo en estas; Quine, 1991, pp. 224-227). Tampoco la opción de la intercambiabilidad *salva veritate* sirve para caracterizar aquella, pues un lenguaje natural que incluye adverbios modales como 'necesariamente' hace que la intercambiabilidad dependa de la coincidencia extensional de los predicados. Esta puede recaer en circunstancias fácticas y lo que nos interesa es, por contra, garantizar la sinonimia apoyándonos solamente en la significación de las palabras. Es decir, partimos de una verdad lógica como (1) "Necesariamente todos y sólo los solteros son solteros", que debería mantenerse (*salva veritate*) como tal si sustituimos 'soltero' por el sinónimo 'no casado' pues son extensionalmente equivalentes: (2) "Necesariamente todos y sólo los solteros son no casados". Y esta no se conserva como tal verdad lógica por cuanto que no se da coincidencia *intensional* entre soltero y no casado; en la práctica hay 'no casados' que no son 'solteros', sino viudos o divorciados (Quine, *ibid*, pp. 228-230). Por usar el conocido ejemplo de Quine, las expresiones 'animal con corazón' y 'animal con riñones' se aplican a los mismos objetos sin que ello implique que se pueda afirmar que el enunciado "Todo animal que tiene corazón tiene riñones" constituye una verdad lógica (*ibid*, pp. 221, 230).

Ahora bien, todo ello no desmentiría el argumento central de Putnam, Kripke y Moore, si por el mismo entendemos que el avance en el conocimiento de la naturaleza (la constatación de creencias falsas) ha de tener consecuencias en la designación o significación (en la inclusión de los objetos en la clase⁵⁰⁵). Precisamente por ello, como el propio Li afirma, el proceso de nombrar la clase natural no puede darse nunca por concluido⁵⁰⁶; ora para incluir nuevas instancias, ora para excluir lo que entonces se pensó quedaba incluido, sin que ello quiera decir que, en este último caso, lo designado sigue perteneciendo a la clase *de acuerdo con el significado entonces atribuido*. A diferencia de los términos de clase nominal, el principio de inclusión de los términos de clase natural no puede ser cualquiera que deseemos adoptar: es el contexto de la investigación científica lo que marcará la diferencia como ha señalado oportunamente Macbeth. Entendemos que es algo que *está ahí fuera*, no dependiente enteramente de nuestras percepciones o ideas (que pueden mostrarse erróneas), lo que justifica la clasificación de algunos objetos particulares o sustancias en géneros naturales. En ese sentido, para evitar el compromiso con una metafísica esencialista (que se revelaría con la afirmación no de que toda el agua real analizada en el mundo está formada por la molécula H_2O , sino que *H_2O es lo que el agua es necesariamente* en todo mundo posible) la proposición científica de que algo pertenece a una clase habrá de tomarse como una estipulación⁵⁰⁷. A diferencia de los nombres propios, la rigidez de los términos de clase natural no sería *semántica* sino *epistémica*,

⁵⁰⁵ Vid., en este sentido, Macbeth, 1995, p. 270.

⁵⁰⁶ Vid., Li, 1993, pp. 267, 270.

⁵⁰⁷ Vid., Macbeth, 1995, pp. 269-276.

vinculada al contexto de la investigación científica⁵⁰⁸. En línea de principios, parecería que el realista semántico habría de ser el primero en sospechar de la necesidad metafísica. El error de la teoría tradicional (entiéndase, convencionalista sobre el significado) habría consistido en extender el análisis basado en las clases norminales a los géneros naturales, pero quizá, como sugiere Schwartz, la equivocación de los partidarios de la teoría causal de la referencia sea ahora transitar por el camino inverso: aplicar ese paradigma a objetos o fenómenos que carecen de una 'constitución interna', o 'esencia atómica'. Términos que tendrían una esencia meramente nominal⁵⁰⁹.

La necesidad, ha afirmado Quine, tiene su fuente en la *forma en la que hablamos* de las cosas, no en *las cosas mismas* acerca de las que hablamos⁵¹⁰. Recuérdese el ejemplo de Moore con el que se inició este análisis: todos los hablantes al utilizar el término 'muerte' *tienen la intención de referirse al tipo de evento natural que es la muerte*. Esta es, me parece, la justificación subyacente o *telos* de la semántica realista de Kripke y Putnam en la que Moore se apoya: una suerte de 'realismo cotidiano o del sentido común'. A las acusaciones de esencialismo ambos han respondido, como anteriormente se indicó, apelando a cómo nuestra prácticas lingüísticas se desenvuelven bajo ese trasfondo de *pretendida captación* de la realidad con las palabras. Las aproximaciones de Putnam y Kripke explicarían esa actitud de los hablantes, nuestro uso corriente de

⁵⁰⁸ Macbeth, 1995, p. 277 y Li, 1993, pp. 261-262.

⁵⁰⁹ Vid., Schwartz, 1977, p. 39.

⁵¹⁰ Vid., 1977b, p. 176.

enunciados contrarios a los hechos que involucran nombres propios, apoyándose en las contraintuitivas consecuencias de las ideas criteriológicas o convencionalistas sobre el significado de estos últimos términos así como los de clases naturales⁵¹¹. Pero, evidentemente, bajo esta interpretación 'sociolingüística' de la semántica de Kripke y Putnam, su aproximación puede ser objetada o falsada por los hechos: las actitudes e intuiciones efectivas de los hablantes⁵¹².

⁵¹¹ Como antes afirmé, entendemos que es algo que *está ahí fuera*, no dependiente enteramente de nuestras percepciones o ideas (que pueden mostrarse erróneas), lo que justifica la clasificación de algunos objetos particulares o sustancias en géneros naturales. Por ello Nubiola ha definido a Kripke como el filósofo del pensamiento ordinario o prefilosófico; vid., 1984, pp. 311-312.

⁵¹² Este prisma 'sociolingüístico' es el que a Quine le parece también el apropiado para dar cuenta de la noción de analiticidad: "El lenguaje es social, y la analiticidad tiene que serlo también, puesto que es verdad fundada en el lenguaje. Así es posible que aquí tengamos, finalmente, un cabo que nos lleve a un concepto de analiticidad: una sentencia es analítica si *todo el mundo* aprende que es verdadera por el hecho de aprender sus palabras. La analiticidad, al igual que la observacionalidad, depende de la uniformidad social... da la impresión de que todos aprendemos 'soltero' del mismo modo, esto es, dándonos cuenta de que nuestros mayores están dispuestos a asentir a esa palabra exactamente en las circunstancias en las que asentirían a 'hombre no casado'; vid., 1988, p. 98 (énfasis suyo). También Nubiola hace una lectura sociolingüística de la teoría causal de la referencia de Kripke-Putnam, más claramente perceptible, al decir suyo, en el caso de Putnam; vid., 1984, p. 301.

4.4 De Moore a Moore: realismo semántico, realismo moral e interpretación de la Constitución

¿Depende la plausibilidad de la tesis de la interpretación *basada en el derecho natural* por la que apuestan Michael Moore y, quizá en menor medida como veremos, David O. Brink, de que sea asumible la teoría semántica de Kripke y Putnam? No ha sido mi pretensión en el apartado anterior, pues los límites de esta investigación no lo permiten, confirmar o desmentir en su totalidad la aproximación de estos últimos. Entre otras razones porque, como entre otros ha señalado Dennis M. Patterson⁵¹³ (y con ello respondería a la pregunta con la que inicio este apartado), para explicitar los inconvenientes de las tesis *a la Moore* no es necesario mostrar el error de la teoría del significado realista de Kripke y Putnam. Sería suficiente, en principio, constatar la *impropiedad de la extensión* de la teoría de la referencia directa a todos los términos generales (para lo que a nuestros efectos interesa, piénsese, por ejemplo, en conceptos jurídicos como 'propiedad', 'arrendamiento', 'concesión' etc.), y en particular a las nociones morales como 'bueno', 'justo', etc. que *prima facie* no parecen tener una referencia objetiva en el mundo, de la misma forma que los términos de clases naturales o sustancias que hemos estado considerando en el apartado anterior⁵¹⁴. En definitiva, se trataría de poner en tela de juicio la posibilidad de no ser 'convencionalistas' cuando nos movemos en el ámbito de las ciencias humanas en general y de la filosofía práctica en particular y de censurar por tanto que podamos hablar del significado de tales términos como la referencia a la *verdadera*

⁵¹³ Vid., 1989, p. 177.

⁵¹⁴ Por esa extensión ha apostado también, además de Moore, David O. Brink; vid., 1988, pp. 116-117, 120.

naturaleza de lo designado, de acuerdo con la mejor teoría ético-jurídica disponible.

Mi objetivo, como indicaba, al describir en el anterior apartado las ideas rectoras del planteamiento de Kripke y Putnam en favor de la designación rígida, ha sido principalmente el de mostrar un presupuesto que subyace en la defensa de sus planteamientos que será del máximo interés en lo sucesivo: la apelación a las intuiciones y asunciones básicas de los hablantes en su comportamiento lingüístico. Esta estrategia, como veremos, entra también en juego a la hora de defender el realismo y objetivismo moral, y de lo que se tratará entonces es de comprobar qué efectos prácticos tiene dicha apelación. Este es nuestro objetivo (y conviene recordarlo nuevamente), al explorar la conexión que tiene todo ello con la teoría interpretativa realista o basada en el derecho natural: si es cierto que existe un conocimiento moral parangonable al conocimiento científico, cobra sentido postular que los jueces han de interpretar la concepción de la justicia y los derechos que la Constitución incorpora de acuerdo con la mejor teoría moral disponible, porque esta última noción (teoría ética) no es un *oxymoron*. En otro caso, es decir, si es plausible la conclusión de que hablar de teorías morales bajo el paradigma objetivista de la ciencia natural es un sin sentido, también lo será el realismo semántico como teoría de la interpretación jurídico-constitucional.

En realidad, la extensión al dominio normativo de la semántica realista no es nueva. Que el vocabulario moral sea o no describible o definible en esos términos, es la cuestión sobre la que ha girado toda la metaética de raíz analítica

durante el siglo XX a partir sobre todo de la obra de G.E. Moore, *Principia Ethica*⁵¹⁵. Sobre las coordenadas teóricas trazadas por este autor, podemos situar la reflexión de la ética de segundo orden en lo que hace a los aspectos, no sólo semánticos, sino también ontológicos y epistemológicos de la misma, así como todos esos pares de conceptos opuestos, utilizados profusa y entremezcladamente con posterioridad, con los que cualquiera que incursione en aquel territorio se topa: *descriptivismo/no-descriptivismo*, *cognoscitivismo/no-cognoscitivismo*, *reduccionismo/no-reduccionismo*, *realismo/antirealismo* *objetivismo/subjetivismo* y *externalismo/internalismo* (o *proyectivismo*).

Sería ocioso e inútil para nuestros propósitos, dar cuenta de los mismos de manera exhaustiva para elaborar una suerte de taxonomía o mapa conceptual que recogiera e incardinara, a su vez, las distintas concepciones metaéticas (tales como el emotivismo, el prescriptivismo, etc.) que desde la obra de G.E. Moore han venido siendo debatidas. Me parece que el análisis es más fructífero si nos fijamos en las tres cuestiones básicas que, problematizadas por G.E. Moore, fueron compendiadas por Stevenson⁵¹⁶ como rasgos del discurso moral ordinario que cualquier teoría de la Ética habría de explicar: (1) significado de los términos morales que dé cuenta del hecho del desacuerdo; (2) puesto de la Ética en el conocimiento y (3) normatividad o apelación práctica de los juicios morales. Y me interesa hacer ese repaso somero de la evolución de la reflexión metaética contemporánea (presentando las distintas

⁵¹⁵ Así, W.D. Hudson ha calificado el libro de G. E. Moore, *Principia Ethica*, como el *terminus a quo* de la filosofía moral contemporánea; vid., 1987, p. 73. Un análisis muy pormenorizado de la repercusión en la metaética contemporánea de *Principia Ethica* es también el de Fernando Salmerón; vid., 1992, pp. 153-175.

⁵¹⁶ Vid., 1937, pp. 14-31.

concepciones-intuicionismo, emotivismo, prescriptivismo, proyectivismo y realismo-que se fueron postulando, como las alternativas que se iban abriendo a medida que se tomaba postura en relación a cada una de las tres cuestiones anteriores), para alcanzar a calibrar mejor el alcance y conclusiones del realismo moral revitalizado por Michael Moore y David O. Brink; el punto en el que, me parece, hoy está situado el debate en torno a sus propuestas. Este no es otro que (2): el puesto de la Ética en el conocimiento.

(1) Como es sabido para G.E. Moore, el error de las teorías éticas hasta ese momento, y en particular el del utilitarismo, habría consistido en la pretensión de definir una noción-'bueno'-que, por su carácter simple (como los colores), es indefinible y sólo pensable y/o perceptible⁵¹⁷. Ninguna referencia o predicado del término puede darnos una proposición satisfactoria, pues o bien se trata de una trivial tautología cuando es tomada como verdadera por definición, o bien, analizada como un juicio sintético, cobra sentido preguntarse si lo referido es realmente lo bueno, justo etc⁵¹⁸. Tratar de identificar tal concepto mediante sus propiedades naturales o equipararlo a otra noción (como el 'placer') implica además, nos dice G.E. Moore, cometer la falacia naturalista.

(2) Las teorías éticas naturalistas, además de incurrir en la mencionada

⁵¹⁷ Vid., 1992, pp. 7-10.

⁵¹⁸ Ibid, pp. 15, 39, 41, 58 (se trata de la ya célebre *open-ended question*).

falacia⁵¹⁹, resultarían inconsistentes *qua* teorías morales pues de sus presupuestos derivaría el reemplazo de la filosofía moral por alguna de las ciencias naturales. La teoría ética sólo podría mantener su estatuto (su distinguibilidad) en tanto en cuanto rechace que sus conclusiones pueden observarse o constatarse empírica o inductivamente⁵²⁰. Ese parece ser el dilema en el que se ve envuelto el naturalista ético, una vez se le inquiere por el tipo de hechos naturales que son los hechos morales; tal y como expone Nicholas Sturgeon: "Es extendida la creencia de que un

⁵¹⁹ En realidad, y tal y como mostró Frankena, la falacia naturalista al modo en que Moore la expone, no es la falacia lógica humena consistente en la derivación de proposiciones normativas a partir de proposiciones fácticas. La afirmación epicureana hedonista ('el placer es bueno') es falaz para Moore porque la premisa entimemática, al ser explicitada definicionalmente, es inadmisble una vez que se postula que lo bueno es indefinible (la inferencia de (1) 'el placer es perseguido por todos los hombres', a (2) 'el placer es bueno', es válida si se da una premisa menor (2') 'lo que es perseguido por todos los hombres es bueno'= df). En puridad, nos dice Frankena, la falacia habría de ser denominada *falacia definicional*. Pero esta es una falacia que se comete en general cuando se confunden o identifican impropriadamente dos propiedades. Para Frankena, el corolario de la tesis de Moore es la indefinibilidad de aquellas, independientemente de su naturaleza moral o no moral; vid., 1939, pp. 464-477. Un argumento igual contra G.E. Moore ha sido esgrimido por Michael Moore; vid., 1982, pp. 1137-1139 y David O. Brink, 1989a, pp. 149-150, 153-154. En torno a la 'guillotina' o falacia de Hume se han centrado gran parte de los debates sobre el realismo moral (y la plausibilidad del cognoscitvismo, pues en definitiva lo que se discute es si de las normas puede predicarse su verdad o falsedad). Sobre el alcance de la falacia y las vías para salvar el abismo hecho-valor que la misma mostraría, la literatura es ingente. Quizá el intento más conocido de mostrar como es posible derivar prescripciones de juicios de hecho sea el de J. Searle, expuesto de manera completa en 1994 (pp. 178-201). Tomando el ejemplo de la promesa, Searle trata de mostrar como la conclusión de 'deber' es lógicamente inferible a partir de premisas fácticas. Si consideramos, (1) Juan promete pagar a Pedro veinte duros, junto con (2) al prometer pagar veinte duros, Juan se ha colocado bajo la obligación de pagar a Pedro veinte duros, podemos derivar (3) Juan debe pagar a Pedro veinte duros (vid., 1994, p. 180). Ello teniendo en cuenta un conjunto de premisas entimemáticas que en ningún caso tienen carácter moral o evaluativo (descritas en ibid., pp. 180-184). La forma de probar esta derivación y por tanto de superar el abismo humeano ha recibido una crítica muy iluminadora de Von Wright. Sus objeciones se basan en la ambigüedad semántica del término 'deber' y en su firme entendimiento de que las normas o prescripciones no tienen valores de verdad o falsedad pues no constituyen hechos. La conclusión del razonamiento deductivo de Searle no es ni una norma ni una proposición normativa: la conclusión (3) constituye un deber ser en sentido técnico que como tal expresa un requerimiento práctico para el logro de un fin (al modo de los imperativos hipotéticos de Kant) pero no un deber ser genuino. Como el propio Von Wright apunta, el deber de cumplimiento de la promesa de Juan, "[e]s entonces una formulación elíptica y abreviada de que, a menos que lo haga, no cumplirá su obligación. Sin embargo, su obligación no es hacer la cosa en cuestión *simpliciter*, sino que su obligación, lo que debe hacer en el sentido normativo, es o bien no prometer o bien, una vez que ha prometido, cumplir su palabra... Si duda hacer la cosa que ha prometido, algún otro puede instarlo a que lo haga diciéndole "las promesas deben ser cumplidas. Este es un uso prescriptivo del lenguaje"; vid., 1997, p. 103.

⁵²⁰ 1992, pp. 39-40. Esta es una condición sobre la que expresamente se ha pronunciado el realista Peter Railton en el sentido de que ha de ser respetada por cualquier explicación metaética de corte objetivista; vid., 1997, p. 158.

naturalista ético debe responder esta pregunta aportando definiciones naturalistas reductivas para los términos morales y, por supuesto, que hasta que no haga tal cosa sus credenciales como naturalista acerca de cualquier presunto hecho moral han de ser puestas en duda. Una vez se dispone de tales definiciones aparece, por contra, que las explicaciones morales deben ser dispensables, puesto que cualesquiera explicaciones de ese tipo pueden parafrasearse en términos no morales; por tanto resulta difícil ver por qué un ético naturalista debe asignarles importancia alguna"⁵²¹.

En cuanto a (3) la facultad intuitiva⁵²² daría cuenta del carácter práctico de las proposiciones morales: de su normatividad o, en expresión gráfica de C.L. Stevenson, 'magnetismo'⁵²³. Con esta noción, se alude a la conexión (que aparece como lógica) entre los enunciados morales de deber y la motivación para actuar; al carácter dinámico del discurso moral⁵²⁴. Como en su momento apuntara Nowell-Smith, una vez emitido un juicio moral sería extraño en el discurso ordinario que el agente añadiera matizaciones o consideraciones al mismo. Quien afirma sinceramente que algo es bueno o debido, que existen razones para M, no puede a continuación (aunque formalmente no incurriría en contradicción), preguntarse

⁵²¹ Vid., Nicholas Sturgeon, 1988, p. 239.

⁵²² Además de dudar de que Moore fuera un intuicionista, Hudson ha destacado el error que cometió al afirmar que algunas de sus tesis, en particular la indefinibilidad de lo bueno, había sido anticipada por Sigdwick (vid., *Principia Ethica*, p. 17), cuando en realidad un intuicionista del siglo XVIII, Richard Price, es el genuino antecedente; vid., Hudson, 1987, pp. 79, 87-88.

⁵²³ Vid., 1937, pp. 14-31. Esta es una conclusión que Ayer describió en su momento como obvia; vid., 1936, (capítulo VI).

⁵²⁴ La expresión es de Hudson; vid., 1987, p. 115.

si hará M o concluir que no lo hará⁵²⁵. Y ello porque, como ha explicado Bayón, el asentimiento sincero del agente implica su reconocimiento de la existencia de una razón completa para actuar y no una meramente auxiliar que, precisamente por ello, precisara ser complementada con una razón operativa⁵²⁶.

Apoyado por la filosofía positivista del Círculo de Viena, el emotivismo radical como el representado por Ayer, no podía admitir apelación alguna a facultades intuitivas sospechosamente metafísicas⁵²⁷. La disyuntiva estaba entonces clara: "IeIn tanto en cuanto las proposiciones valorativas son significativas, son proposiciones científicas ordinarias; y en tanto en cuanto no son científicas, no son en el sentido literal significativas, sino simplemente expresiones de emoción que no pueden ser ni verdaderas ni falsas"⁵²⁸. Tampoco era admisible para el autor de *Language, Truth and Logic* el expediente subjetivista de entender que la afirmación sobre la justicia de una acción se reduce a la aserción de su aprobación generalizada, si tenemos en cuenta que quien asevera tal cosa, y al tiempo proclama que la acción en cuestión es incorrecta, no comete contradicción alguna⁵²⁹. La única explicación posible entonces de la no analizabilidad de las

⁵²⁵ Vid., 1954, pp. 83-84.

⁵²⁶ Vid., 1991, p. 134.

⁵²⁷ Para una explicación de la influencia del positivismo filosófico en la filosofía moral de Ayer, vid., David Wiggins, 1991, p. 182.

⁵²⁸ Vid., 1936, Capítulo VI.

⁵²⁹ Ibid. En ese sentido, el emotivismo de Ayer se opondría tanto al subjetivismo (individual o colectivo en función de que la descripción sea la de la actitud del agente o del grupo en que se inserta) como al objetivismo moral, por entender que en ambos casos se abraza el descriptivismo o cognoscitivismo. Para una descripción clarificadora del subjetivismo, vid., David Wiggins, 1997, pp. 227-244.

nociones morales (lo que el propio Ayer denominó, 'tercera vía') es entender que las mismas son 'pseudoconceptos'. Su presencia en una proposición no añade nada a su contenido fáctico. Un enunciado como 'X es bueno' simplemente constata o muestra la aprobación moral del hablante y de ahí la inteligencia de que quien afirma lo contrario no contradice a aquél, sino que simplemente muestra una actitud distinta. La función de los términos éticos es puramente emotiva; ni siquiera describen mis actitudes como hablante pues, como tal descripción, sería contradecible o confirmable empíricamente. Los juicios valorativos son simples expresiones o evidencias de mis sentimientos (el argumento que apoya esta idea clave en Ayer es que cabe distinguir conceptualmente entre expresar un sentimiento y afirmar, por parte del que siente, la presencia del mismo). Evidentemente, planteadas así las cosas quedaba sin resolver como habríamos de entender la discusión axiológica⁵³⁰. La respuesta de Ayer, en línea con su adopción del positivismo, consistió en negar la mayor: no hay tales controversias. Examinado con detenimiento, el desacuerdo moral es discusión sobre hechos. La Ética como disciplina autónoma no existe: o bien es psicología para dar cuenta del por qué surgen aquellos sentimientos, o bien sociología para describir la moralidad positiva⁵³¹.

⁵³⁰ Vid., David Wiggins, 1997, pp. 227-228.

⁵³¹ Vid., 1936, capítulo VI. Las palabras de Ayer evocan el juicio de Wittgenstein emitido 6 años antes: "La ética, en la medida en que surge del deseo de decir algo sobre el sentido último de la vida, sobre lo absolutamente bueno, lo absolutamente valioso, no puede ser una ciencia. Lo que dice la ética no añade nada, en ningún sentido, a nuestro conocimiento. Pero es un testimonio de una tendencia del espíritu humano que yo personalmente no puedo sino respetar profundamente y que por nada del mundo ridiculizaría"; vid., 1989, p. 43. Un ilustre representante del emotivismo que no cabe dejar de mencionar es C.L. Stevenson. Los límites de este trabajo impiden que me extienda en la consideración de su versión emotivista que en aspectos muy relevantes difiere de la de Ayer. A Stevenson se debe, como se señaló antes, una clarificadora explicación del dinamismo del discurso moral. De acuerdo con él, las palabras tienen dos usos principales en función del propósito del hablante: descriptivo, como en el discurso sobre hechos, y dinámico. Este sería el rasgo principal de las nociones morales: su carácter emotivo. El

Las contraintuitivas consecuencias que se siguen de equiparar las proposiciones normativas con la mera expresión de una emoción (al modo de la emisión de una exclamación o interjección⁵³²) pretendieron ser saldadas por el prescriptivismo de R. M. Hare. También como el emotivismo, con respecto a (1)-recuerdo, la semántica de los términos morales-el prescriptivismo es una posición 'no-descriptivista'. Hare advirtió oportunamente que aquella equiparación entre emociones y juicios éticos, se debía al error de los emotivistas de no haber distinguido entre significado y fuerza perlocucionaria de una expresión (los efectos que se consiguen con la emisión). Así, una proposición como 'esto es odioso' tiene significado, según las reglas lingüísticas convencionales, a diferencia del gruñido 'grrr', del que no podríamos decir que tiene significado, aunque puede significar: 'esto es odioso'. El error naturalista habría consistido, de acuerdo con Hare, en la reducción de las proposiciones normativas que son típicamente imperativas (usadas para decirle a alguien que *haga de algo el caso*) a enunciados indicativos (usados para decirle a alguien que *algo es el caso*⁵³³). En relación a (2), para Hare, la Ética ha de concebirse como el estudio del lenguaje de la moral y, en particular, de la lógica de los imperativos⁵³⁴.

(3) En lo que hace a la pregunta siempre abierta de G.E. Moore, Hare destacó

significado emotivo de un término, nos dice Stevenson, es su tendencia, por la historia de uso, a producir respuestas 'afectivas' en la gente. De ahí que la nota distintiva de las proposiciones-valorativas-donde aparecen, es crear influencia; su fuerza es cuasi imperativa o directiva. Vid., 1937, pp. 14-31.

⁵³² Vid., Wiggins, 1991, p. 185.

⁵³³ Vid., R.M. Hare, 1952, pp. 5, 82 y Hudson, 1975, p. 161.

⁵³⁴ Vid., Hare, 1952, pp.iii, 169.

un rasgo fundamental de las propiedades morales: la superveniencia. Ante un juicio moral como 'x es bueno', siempre, como dijo Moore, podemos preguntar por qué, y la respuesta normalmente consistirá en una descripción de algún rasgo o característica no valorativa del acto u objeto. Junto a ello, Hare constató la ilegitimidad de trazar una distinción entre dos objetos o actos iguales en todos los aspectos salvo en su corrección, justicia, bondad, etc: "Las acciones no pueden diferir sólo en relación a su corrección, al igual que los cuadros o cualquier otra cosa no pueden distinguirse sólo con respecto a su bondad; y esta imposibilidad es lógica, emergente de la forma y propósitos para los que usamos estas palabras"⁵³⁵. Hare coincidió con G.E. Moore en que esa relación entre propiedades o aspectos naturales y caracteres valorativos no descansa en la deducibilidad, en la equivalencia de significado como habían indicado los naturalistas, pero tampoco es una relación aprehensible por intuición. La estrategia prescriptivista de Hare consistió en cambiar la pregunta. No debemos inquirir, y este habría sido el baldío empeño de G.E. Moore, *a qué se refieren* tales términos sino *para qué son usados*. A partir del escrutinio del discurso ordinario, la respuesta es que su uso es el comendativo, instructivo, en general prescriptivo⁵³⁶. Precisamente por ello, el análisis fáctico de los juicios morales es estéril, pues no da cuenta del elemento dinámico o dispositivo del agente hacia la acción una vez que asiente al enunciado normativo (y derivado del mismo, a la oración imperativa). Si alguien asiente al

⁵³⁵ Vid., Hare, 1952, p. 153, e igualmente, pp. 80-83. La definición canónica de superveniencia es la de Jaegwon Kim. Una familia de propiedades M es superveniente respecto de una familia de propiedades N en relación a un ámbito A siendo el caso que para cualesquiera dos objetos en dicho ámbito, si difieren en cuanto a la familia M difieren también necesariamente en cuanto a la familia N; vid., "Supervenience and Nomological Incommensurables", *American Philosophical Quarterly*, Vol. 15, 1978, pp. 149-156, p. 154 (tomado de Bayón, 1991, p. 218, n. 288).

⁵³⁶ Vid., Hare, 1952, p. 155.

enunciado valorativo "Debo hacer M" pero disiente del imperativo "Haga yo M", o bien el hablante no entiende el significado de las palabras que emite o bien no es sincero⁵³⁷.

En definitiva, y como espero haya quedado claro de todo lo anterior, la discusión semántica sobre el discurso moral parece remitir finalmente al problema del lugar de la Ética en el conocimiento. Si atendemos a la que, me parece, luminosa síntesis que sobre el discurrir de la reflexión ética contemporánea han hecho Stephen Darwall, Allan Gibbard y Peter Railton⁵³⁸, son dos las grandes corrientes que sobre ese particular coexisten. La primera, discontinuidista, entendería que a la filosofía moral se le presenta un escollo cuando se apuesta por entender la objetividad de los juicios morales bajo el modelo de la objetividad de las ciencias empíricas. Los partidarios de la tesis de la discontinuidad afirman así la separación entre hechos y valores-normas.

⁵³⁷ Vid., Hare, 1952, pp. 168-172; y ello claro, siempre que la acción pueda ser realizada de acuerdo con el aforismo "debe implica puede". Esta matización es importante por lo siguiente. Acerca de la apelación práctica de los juicios morales Dworkin ha señalado la siguiente 'asimetría': la conexión entre motivación y acción es conceptual, nos dice, cuando estamos en presencia de acciones tomadas como no debidas ('malas', en su expresión), pero no así ante bienes o cursos de acción tomados como objetivamente buenos, pues en ese supuesto la vinculación es de carácter ético. Entendemos perfectamente al que afirma que si ciertas cosas se hicieran el mundo sería objetivamente mejor pero que él no se ve impulsado a la realización de ese tipo de acciones; vid., 1996b, p. 115. El tenor del argumento dworkiniano nos inclina a pensar que se está aludiendo a lo que se conoce como 'actos supererogatorios' (cuya realización merece el elogio pero no la censura cuando no se llevan a cabo). Pero en ese caso la apelación práctica (como conexión conceptual) no juega porque no se está en presencia de una razón completa para actuar: el agente no acaba de verse llamado a la acción que si realizara contribuiría a 'mejorar las cosas', porque hay otras razones de mayor peso que le inclinan a la inacción (cosa que igualmente podría ocurrir en el supuesto de la evitación de algún daño, si es que admitimos que la frontera entre acciones y omisiones en cuanto a la causación de resultados es más bien ilusoria). Cuestión distinta es valorar en qué casos el peso de esas 'otras razones' (que pueden no ser meramente prudenciales sino también morales, por anudarse al valor de la autonomía moral del sujeto en aras a la persecución de sus planes de vida) es suficiente para desplazar la omisión o acción que provocaría un resultado considerado objetivamente valioso. Para un análisis de los actos supererogatorios, puede verse, Bayón, 1991, pp. 364-369.

⁵³⁸ Vid., 1992, pp. 115-189.

Richard Boyd ha sintetizado muy clarificadoramente en siete las objeciones básicas al realismo que esgrimirían en esa dirección los discontinuidistas, (algunas de las cuales fueron anteriormente abordadas al tratar las respuestas emotivistas y prescriptivistas al planteamiento de G.E. Moore; otras nos ocuparán en breve): (1) no equiparabilidad entre intuiciones morales y observaciones empíricas. ¿Cómo es posible-preguntaría el antirealista-que si juegan el mismo papel haya juicios morales tan divergentes? Incluso si admitiéramos que las intuiciones proveen una fuente de inquisición moral, ¿no abonará precisamente ese hecho el contraste gnoseológico entre la ciencia y la ética?; (2) papel del equilibrio reflexivo en el razonamiento moral. Dicho método nos proporciona, en el mejor de los casos, una reconstrucción plausible de nuestra moral cultural vivida, pero nada parecido al descubrimiento de algo; (3) progreso moral y variabilidad cultural. Si los juicios morales y fácticos fueran equivalentes, uno esperaría encontrar en el ámbito de la ética el tipo de progreso que se da en la ciencia, así como la convergencia entre distintas teorías (independientemente del trasfondo cultural), y precisamente lo contrario es lo que parece suceder con respecto a la filosofía práctica; (4) casos difíciles o contestabilidad. Si las propiedades morales tienen carácter objetivo, ¿cómo entender los casos morales difíciles sobre los que nunca parece hallarse una solución?; (5) naturalismo y definiciones naturalísticas. Si la bondad es una propiedad natural, el realismo ha de comprometerse con el implausible argumento de que las nociones morales son definibles de la forma en que G.E. Moore objetaba. En otro caso, entendidas como no-naturales, el compromiso del realismo es con alguna suerte de creencia no científica o supersticiosa con tales misteriosas entidades; (6) moralidad, motivación y racionalidad. El realista moral que equipara

juicios morales con juicios sobre hechos ordinarios no parece capaz de explicar la característica dinámica de los primeros; (7) semántica de los términos morales. Si el realismo moral es antisubjetivista, se supone que hay una única propiedad objetiva a la que nos referimos con la palabra 'bueno' en contextos morales. Pero el hecho es que la gente difiere profundamente acerca de lo que es 'bueno', con lo cual parece difícil mantener que aquellas concepciones radicalmente inconmensurables se refieren al concepto de una y la misma propiedad. Parece por contra más plausible adoptar una concepción nocognoscitivista o constructivista de la semántica moral⁵³⁹.

Los continuistas (entre los que englobaré a Moore, Brink, Barber y Hurd) por su parte, aceptan el reto de mostrar que los juicios morales no se distinguen de los fácticos, y son por tanto analizables bajo el paradigma de los enunciados teóricos o empíricos de las ciencias naturales. El realismo moral basado en la extensión de las teorías semánticas realistas de Kripke y Putnam no constituye sino la revitalización de ese tercer tipo de análisis lingüístico definicional de las nociones morales que Moore en *Principia Ethica* trató de minar⁵⁴⁰: de acuerdo con el realista, existen objetivamente propiedades morales en el mundo y, por tanto, ciertos hechos que hacen a ciertas proposiciones morales verdaderas y a otras falsas, independientes de nuestras opiniones, intereses y percepciones subjetivas⁵⁴¹. La empresa que en tal caso urge a los realistas-continuistas es

⁵³⁹ Vid., Boyd, 1988, pp. 184-187. Una catalogación similar de los distintos argumentos escépticos en contra del realismo moral puede encontrarse en Moore, 1982, pp. 1072-1105 y Peter Railton, 1997, pp. 138-139.

⁵⁴⁰ Vid., G.E. Moore, 1992, p. 7.

mostrar como un paradigma discursivo fáctico puede conservar las características peculiares del lenguaje moral ordinario: el dinamismo o magnetismo y la contestabilidad o hecho del desacuerdo sobre las nociones éticas⁵⁴².

En general, y como han apuntado Darwall, Gibbard y Railton, la estrategia de los partidarios de la tesis de la continuidad se ha apoyado, de una parte, sobre la constatación de que los métodos coherentistas o de equilibrio reflexivo propios de la reflexión ética reinan también en el ámbito de las ciencias empíricas o, dicho de otra forma, a refutar las objeciones (1)-(4) del catálogo antirealista expuesto por Boyd (y en ese viaje encontrarían como compañeros a los que desde el campo de la epistemología y la filosofía de la ciencia, y a partir de la obra de Kuhn, atemperan el carácter objetivo de la actividad científica⁵⁴³); de otra, por la reducción al absurdo de algunas consecuencias (contraintuitivas) que se seguirían de la adopción del antirealismo moral. Corolarios estos inasumibles no sólo porque no darían cuenta del trasfondo realista de nuestras controversias morales, sino porque arrastrarían consigo las apelaciones objetivistas también en el contexto de

⁵⁴¹ Vid., entre las interminables referencias que podrían darse apoyando esta descripción mínima del realismo: Jeffrey Goldsworthy, 1995, pp. 357-374; Jeremy Waldron, 1992, p. 158; Richard N. Boyd, 1988, p. 182, y Mark Platts, 1988, p. 282.

⁵⁴² Vid., Stephen Darwall, Allan Gibbard y Peter Railton, 1992, pp. 128-131. Las cuatro formas de discontinuidad y sus autores más representativos serían, de acuerdo con aquellos: teorías del razonamiento práctico (Alan Gewirth y Thomas Nagel), constructivistas (John Rawls), no-cognoscitivistas (Allan Gibbard y Simon Blackburn) y teóricos de la sensibilidad moral (David Wiggins y John MacDowell). En cuanto al continuismo o naturalismo la división sería entre neoaristotélicos (Philippa Foot), no reduccionistas-postpositivistas (Richard Boyd, Nicholas Sturgeon y David O. Brink) y reduccionistas (Richard Brandt, Gilbert Harman, Peter Railton y David Lewis); vid., Darwall, Gibbard y Railton, 1992, p. 165.

⁵⁴³ Vid., 1992, pp. 168-169. Boyd ha asumido explícitamente esta estrategia; vid., 1988, pp. 183-184, así como Michael Moore, 1982, p. 1113. La obra de Kuhn a la que me refiero es *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962 (hay traducción al español de Agustín Contín, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971).

lo fáctico o empírico. Puesto que se apuesta por la continuidad, el realista concluye que el antirealismo sería *tout court*⁵⁴⁴. Así por ejemplo, afirma el realista, el hecho del desacuerdo (el rasgo de la contestabilidad) no sería patrimonio exclusivo de la filosofía moral, y la postulación de propiedades u objetos (como los campos electromagnéticos, ciertas partículas subatómicas, u otras entidades 'teoréticas') no directamente observables sino introducidas por necesidades de la teoría que se maneja, inclinaría también en favor de una epistemología compartida por ambos dominios⁵⁴⁵. La discontinuidad favorecida por los antirealistas, se apoya sobre una imagen mitificada (cartesiana) del conocimiento científico, entendido como verificabilidad de proposiciones fácticas singulares a partir de la experiencia perceptiva inmediata de la realidad exterior. En puridad, las cosas son mucho más complejas, y por ello el acercamiento de los dos ámbitos en cuestión⁵⁴⁶. Como en la moral, las creencias sobre hechos naturales se apoyan en otras creencias constituyendo una suerte de gran malla representativa del mundo externo. Los principios científicos carecen de implicación empírica alguna cuando son considerados singularmente. Es cierto que basamos las predicciones observacionales en tales teorías, y por tanto estas resultan contrastadas

⁵⁴⁴ Vid., Moore, 1982, pp. 1106-1107.

⁵⁴⁵ Vid., Boyd, 1988, pp. 188-189 y en la misma línea Sturgeon, 1988, p. 230; Geoffrey Sayre-McCord, 1988, pp. 277-279; Peter Railton, 1997, pp. 146-147 y Platts, 1988, pp. 286-287, para quien precisamente el desacuerdo moral es lo que da verosimilitud a la tesis realista: "diferentes concepciones de una cosa implica realismo no relativismo", p. 288, n. 3. Lo que el realismo exige es la explicación del desacuerdo o la carencia de los conceptos morales que algunos entienden correctos; *ibid.*, p. 288.

⁵⁴⁶ Así por ejemplo David O. Brink ha destacado como se puede postular la objetividad de la Ética tanto porque se sea realista en los dominios de la ciencia natural y de la moralidad (como es su caso) como porque se sea antirealista en ambos. En este último caso no se apostaría por una defensa de la objetividad cartesiana o ingenua en el ámbito científico y por ello la Ética sería tan 'objetiva' (o quizá más bien subjetiva) como la ciencia natural. El verdadero oponente del realista u objetivista moral es el discontinuidista, es decir, quien postula el realismo en el dominio científico y el antirealismo en el contexto normativo; *vid.*, 1989, pp. 6-7, 11, 22.

experimentalmente, pero esto es así porque no las tomamos aisladamente. Las predicciones son derivables sólo cuando al tiempo nos apoyamos en un buen número de asunciones adicionales antecedentes, muchas de las cuáles, como las intuiciones o principios morales, somos incapaces de examinar singularmente⁵⁴⁷. Una modificación de alguna proposición o creencia periférica reajusta todo el esquema de manera muy parecida a como resulta de la comprobación de la adecuación de principios morales e intuiciones en el modelo constructivista rawlsiano⁵⁴⁸.

Pero que esta estrategia realista sea exitosa depende, lógicamente, de que efectivamente la descripción de los presupuestos del descubrimiento e investigación científicos aportada por los realistas morales sea ajustada. Sin que quepa por mi parte desarrollar nada concluyente sobre una cuestión que, en definitiva, corresponde más bien a las ramas de la epistemología o la filosofía de la ciencia dilucidar, en este trabajo mantendré que la afirmada equiparación es más aparente que real.

En primer lugar, no son pocos los científicos que en absoluto se reconocen bajo aquel escenario. Esto, obviamente, no resulta definitivo, pero el dato de que

⁵⁴⁷ Vid., Sturgeon, 1988, p. 231; Sayre-McCord, 1988, pp. 258-261 y Peter Railton. 1997, p. 139.

⁵⁴⁸ Vid., Moore, 1982, pp. 1105-1113 y Brink, 1989, pp. 135-137. Esta imagen *holista* de la epistemología científica y de la evolución del descubrimiento en las ciencias naturales, basada en la malla de creencias (*web of belief*), es como se sabe uno de los temas fundamentales de la filosofía de W.V.O. Quine (vid., entre otros, trabajos, 1977a, p. 74 y 1969, pp. 49-51), aunque la tesis es normalmente acreditada a Pierre Duhem; vid., *The Aim and Structure of Physical Theory*, New Haven, Princeton University Press, 1954.

la pretendida 'fusión epistemológica' acostumbra a ser postulada más por los filósofos de la ciencia que por los propios físicos, químicos y otros participantes en las disciplinas naturales debe, al menos, ponernos en guardia⁵⁴⁹.

En segundo término, la comprobación de las teorías morales y las científicas no parece tampoco que sea equiparable. El argumento estándar de los realistas en este punto, consiste en llamar la atención sobre el hecho de que tanto en un campo como en el otro, las observaciones no son 'brutas' sino ancladas en una teoría (*theory-laden*): lo que se percibe depende del marco teórico que, consciente o inconscientemente se tenga⁵⁵⁰. Como afirma Michael Moore, "Vemos que una acción es incorrecta por aplicación de la mejor teoría que tenemos acerca de lo erróneo de esa acción que transcurre ante nosotros... Juzgar una acción como cruel presupone haber hecho ciertas inferencias a partir de ciertas percepciones. Juzgar el acto como erróneo implica simplemente una inferencia más. Puesto que regularmente hacemos tales inferencias, uno está legitimado para afirmar que existen relaciones causales entre las cualidades de incorrección y crueldad, por un lado, y las creencias correspondientes, por otro"⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Véase sobre este punto, por ejemplo, la consideración (quizá radical) que al premio Nobel de Física Steven Weinberg (en un capítulo que titula "Contra la filosofía") le merece la filosofía de la ciencia: "[e]n el mejor de los casos me parece una glosa placentera de la historia y descubrimientos de la ciencia. Pero no debemos esperar de ella que proporcione a los científicos de hoy guía útil alguna acerca de como desempeñar su trabajo o acerca de lo que pueden encontrar"; vid., 1992, p. 167. Lo cual viene a confirmar lo que ya Wittgenstein advirtió: "Nada me parece más improbable que el hecho de que un científico o matemático que me lea haya de resultar seriamente influido en la forma en que trabaja"; vid., 1980, p. 62e.

⁵⁵⁰ Vid., Moore, 1982, p. 1114 (y supra nota 548 sobre el *web of belief*).

⁵⁵¹ Vid., Moore, 1982, p. 1133 (énfasis mío).

4.4.1 La observación moral. Harman v. Sturgeon

Ahora bien, y como en un trabajo ya clásico apuntó Gilbert Harman, la diferencia radica en que la teoría científica explica lo que observamos y al tiempo por qué observamos lo que observamos⁵⁵². La observación de un evento (por ejemplo un rastro de vapor en una cámara de niebla) genera en un científico la afirmación de que 'ahí va un protón'. La observadora puede tomar la observación como confirmadora de la evidencia de su teoría sólo en tanto en cuanto es razonable explicar el haber hecho la observación asumiendo no sólo su posesión de ciertos estados mentales, dada la teoría que acepta y sus creencias sobre el aparato experimental, sino porque a través de la cámara de niebla circulaba un protón que causó un rastro de vapor que vio como un protón. Lo cual contaría como una confirmación de su teoría si esta aporta una mejor explicación de la presencia del protón que las teorías rivales. Si el hecho de su observación hubiera podido ser igualmente explicado simplemente por la existencia de un cierto estado mental, sin que se precise asumir nada acerca de la presencia de un protón, entonces su observación no habría sido evidencia de la existencia de tal partícula ni de la pertinencia de su teoría⁵⁵³.

Pues bien, esto último es lo que ocurriría con la moralidad, de acuerdo con Harman. Parece irrelevante la asunción acerca de 'hechos morales' de ningún tipo para explicar que hagamos el juicio de que (por utilizar los ejemplos proporcionados por Harman) es erróneo quemar vivos a los gatos, una vez hemos

⁵⁵² Vid., 1977, p. 8.

⁵⁵³ Vid., Harman, 1977, p. 6.

doblado la esquina y comprobado que una pandilla de chiquillos comete tal aberración. Una observación moral no resulta ser evidencia observacional en favor o en contra de teoría moral alguna (como sí lo es en el ámbito de las ciencias), puesto que la verdad o falsedad de la observación moral es irrelevante en cualquier explicación razonable de por qué la observación fue hecha. Para ello, bastaría acudir a la sensibilidad moral del sujeto o dar cuenta de sus estados mentales, o recabar en la moral transmitida a través de la educación, o el ambiente cultural y social vivido de los individuos⁵⁵⁴ (cuestiones estas de las que parece se ocupan no tanto la Ética como la antropología cultural, la sicología o la sociología, vid., supra Ayer) resultando prescindible la apelación a la detección de ciertos 'hechos morales' o a la adopción de una determinada teoría moral⁵⁵⁵.

Contra el razonamiento de Harman, Sturgeon nos propone que consideremos una familia de casos en los que aludimos al carácter moral de la persona como parte de la explicación de sus actos y en los que esa historia

⁵⁵⁴ Vid., Sayre-McCord, 1988, pp. 262-263.

⁵⁵⁵ Vid., Harman, 1977, p. 7. Un pronunciamiento similar es el de Annette Baier; vid., 1985, esp., pp. 232-233. En ese sentido, entiendo que estaría mal concebida una de las objeciones de Brink a la tesis de Harman. Puestos a extremar el argumento de este último, según el cual la mera referencia a los estados mentales explica nuestra reacción de abominar del comportamiento de los niños que están quemando al gato, sugiere Brink que una apelación al conjunto de estados psicológicos del científico (su creencia en que había un rastro de vapor y en una teoría científica acerca del comportamiento y consecuencias observacionales de los protones en atmósferas supersaturadas) también sería suficiente para dar cuenta de su juicio, sin que se necesite compromiso alguno con un estado de cosas en el mundo exterior en el que un protón transita; vid., Brink, 1989, p. 185. Es decir tanto el juicio 'por ahí va un protón' como 'eso es cruel', se explicarían, respectivamente, porque se cree que un protón circula y por qué se cree que quemar a los gatos es cruel. Independientemente de que esta posibilidad no es sinceramente asumida por el propio Brink, habida cuenta de su asunción, insistentemente postulada, del realismo metafísico, de acuerdo con el cual hay hechos de cierto tipo independientes de los estados mentales (ibid., pp. 15-20), Brink olvida que la cuestión fundamental es explicar el origen de tales creencias. La tesis de Harman es que, para el segundo caso, las teorías morales, entendidas como un sistema de principios morales en el cual los menos generales se derivan de los más abstractos y que nos indican cómo debemos actuar no cumplirían esa segunda función. Puede eso sí, que Harman reduzca en exceso a la psicología el campo en el que esas explicaciones se encontrarían (olvidando el auxilio que también podrían prestar la sociología, antropología, etc.).

completa se muestra entonces disponible como una explicación plausible de la conclusión de alguien que llega a formular un juicio de corrección o incorrección con respecto a aquel carácter moral. En esos supuestos, apunta Sturgeon, son hechos morales tales como, precisamente, el carácter moralmente depravado del que es enjuiciado, los que aparecen relevantes para nuestra obtención de la conclusión o creencia⁵⁵⁶. De tal forma que la afirmación de Harman de que las asunciones sobre hechos morales (como el carácter) son irrelevantes en la explicación de las observaciones y creencias morales es completamente errónea, "Pues parece natural pensar-afirma Sturgeon-, que si una asunción particular es completamente irrelevante en relación a la explicación de cierto hecho, este se habría dado y lo podríamos explicar de forma igualmente plausible, incluso si la asunción era falsa. Pero no creo-prosigue-que Hitler hubiera hecho todo lo que hizo si no hubiera sido un depravado moral ni puedo pensar, bajo la asunción de que no era un depravado, en ninguna explicación atendible alternativa de sus acciones"⁵⁵⁷.

Ahora bien, uno podría conceder esto a Sturgeon y sin embargo pensar que el argumento de Harman sigue incólume. Sturgeon afirma que la explicación de la abyección moral de los actos cometidos durante el III Reich radica en el carácter moralmente depravado de Hitler, y que de haber sido otra su 'constitución moral', los hechos no se habrían producido y por tanto tampoco mi creencia en, u

⁵⁵⁶ Vid., Sturgeon, 1988, pp. 243-245 (el ejemplo que usa es el de Adolf Hitler).

⁵⁵⁷ Vid., Sturgeon, 1988, pp. 245-246 (la idea de que Hitler, habiendo sido el mismo en todos los aspectos, no hubiera podido dejar de ser un depravado moral se basa en el carácter superviniente de las propiedades morales que Sturgeon asume; vid., 1988, pp. 249-250).

observación de, su incorrección moral, con lo cual es falsa la afirmación de Harman de que los hechos morales son absolutamente irrelevantes para la explicación.

Con este razonamiento Sturgeon parece estar implicando dos cosas no necesariamente equivalentes que precisan ser deslindadas: por un lado, (1) que es, de hecho, el carácter moral de los sujetos lo que explica sus acciones y, por otro, (2) que es la presencia de esa constitución o sensibilidad moral del actor lo que da cuenta de nuestra calificación de sus acciones.

Supongamos que mantengo una versión no muy refinada de la teoría Ética utilitarista, según la cual las acciones que generan; en un balance global; más sufrimiento que placer son moralmente incorrectas. A partir de ahí infiero que la ejecución de un ser humano puede ser moralmente incorrecta pero que seguramente lo es el exterminio de seis millones de ellos. Constato que durante la permanencia del partido nazi y de Hitler en el poder tal genocidio se lleva a cabo. ¿De qué forma esta observación confirma mi teoría? La respuesta de Sturgeon no puede consistir simplemente en afirmar que hay un hecho (el sufrimiento producido) confirmador, pues lo que los hechos muestran es meramente la inflicción de sufrimiento, no su incorrección moral. Cuestión distinta es la inquisición de por qué alcanzamos la creencia o conclusión de la inmoralidad del exterminio. Esta es, me parece, la pregunta que Sturgeon no responde satisfactoriamente. Al afirmar que es el hecho del carácter moralmente depravado de Hitler el que proporciona la explicación ya que de haber sido otro el caso (un Hitler que no es un depravado moral) tales actos no se habrían dado, lo único que

se está postulando es una tesis trivial (entendida como la aserción de que las acciones moralmente incorrectas son causadas por depravados morales) o bien sumamente controvertible (si se toma como la afirmación de que la constitución moral de los sujetos es lo que explica sus acciones, y no procesos físico-psicológicos) y sobre la que, en cualquier caso, cabría legítimamente preguntarse por qué sería una teoría moral.

Una objeción en la misma línea cabría esgrimir frente a la defensa que David O. Brink ha hecho del planteamiento de Sturgeon en su polémica con Harman. Contradiendo a este último, Brink apunta que las creencias morales sí pueden ser refutadas o confirmadas observacionalmente (en una forma holista como en las ciencias naturales, esto es, los principios morales tienen consecuencias en el nivel de la observación solamente cuando son conjuntados con principios morales auxiliares). En las propias palabras de Brink, "Imli principio moral de que es la gente buena la que cumple sus promesas cuando hacerlo supone un gran sacrificio personal no tiene implicaciones observacionales por sí mismo. Pero cuando lo vínculo con mi creencia moral independiente de que Zenobia es una buena persona, puedo obtener la predicción observacional de que Zenobia mantendrá su promesa a Zelda incluso si ello le supone un gran sacrificio personal"⁵⁵⁸. Pero, nuevamente, ¿qué tipo de teoría moral es la que está involucrada en el ejemplo de la promesa de Zenobia? Si aceptamos, entre otras muchas posibles y de tenor similar, la caracterización que Annette Baier da de la Ética ó teoría normativa⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Vid., 1989, pp. 183-184.

⁵⁵⁹ Vid., Baier, 1985, pp. 232-233.

(vid., supra nota 555), según la cual, ésta constaría de un sistema de principios morales en el cual los menos generales se derivan de los más abstractos y que nos indican cómo debemos actuar, parecería que la teoría es, en nuestro caso, no tanto que las personas buenas mantienen sus promesas aun a costa del sacrificio personal que ello pueda suponer, sino que aquel curso de acción es bueno o debido. En ese caso, quizá Brink podría reconstruir su argumentación afirmando que el hecho de que esto es así se demuestra o infiere por nuestra constatación de la sensación de bienestar o felicidad que a Zelda le proporciona la acción de Zenobia. El problema entonces es que así incurrimos en la falacia humeana de derivar proposiciones normativas a partir de proposiciones sobre hechos (vid., supra nota 519).

Alternativamente cabría pensar que la respuesta de Sturgeon es (2): es el hecho de la depravación moral de Hitler lo que explica nuestra calificación (inmoral) de sus actos. Pero fijémonos que esto no nos ayuda a entender de qué forma una teoría moral da cuenta de por qué nosotros afirmamos u observamos como moralmente incorrectos los actos cometidos durante el nazismo. Lo que Harman afirma, y Sturgeon no acaba de desmentir, es que a diferencia de las ciencias naturales podemos explicar esa ocurrencia sin necesidad de recabar exclusivamente en teoría Ética alguna; en definitiva, y como antes indiqué, no parece que sea una teoría moral lo que Sturgeon sugiere. El razonamiento que satisfaría la pretensión de Harman sería (2'): es la depravación moral de Hitler lo que explica nuestra calificación (inmoral) de sus acciones y a su vez confirma la teoría según la cual los agentes moralmente insensibles cometen acciones injustas. Pero

esta no es una tesis que necesite ser confirmada en modo alguno, sino que resulta verdadera por definición⁵⁶⁰. Cuestión distinta es mostrar en qué ocasiones y por qué motivos llegamos a considerar a alguien como depravado moral, lo cual nos coloca en el punto de partida de la discusión.

4.4.2 De la teoría del error de Mackie al cuasi-realismo de Blackburn

Esta conclusión, que sugiere la prescindibilidad de la referencia a hechos o propiedades morales *qua* propiedades naturales está, como es conocido, en el trasfondo de la 'teoría del error' postulada por John Mackie. Anteriormente, cuando analicé el realismo semántico, indiqué como tanto Kripke como Putnam aportan finalmente una prueba basada en la sociolingüística en apoyo de su teoría causal de la referencia o de la designación rígida de nombres propios o de los términos de clase natural: la pretensión de designación mediante las palabras, (generalizada en las comunidades lingüísticas), a las cosas, personas y eventos tal cual (real y necesariamente) son.

Pues bien, una defensa parecida es la que esgrime el realista moral en favor de la objetividad de los valores: la constatación de cómo en el discurso moral ordinario se da una pretensión de objetividad de los juicios prácticos. De cómo al emitirlos parecemos contar con que ciertos hechos los confirman (o viceversa para

⁵⁶⁰ Sayre-McCord ha argumentado de manera similar (vid., 1988, p. 257) aunque en general entiende que el test de Harman, como variante del principio empiricista de verificación, resulta demasiado exigente y conduciría a no admitir la relevancia explicativa de muchos campos del conocimiento de las ciencias naturales que lidian también con propiedades o entidades no directamente observables; vid., 1988, pp. 261, 263. 266-267.

los que los refutan), pues con ellos no tratamos meramente de expresar nuestras emociones. El realista contaría así con una baza, una presunción de estar en lo cierto, pues al antirealista le correspondería la carga de probar nuestro error como participantes con credenciales objetivistas en la controversia moral. El escéptico habría de demostrar que su forma de dar cuenta del fenómeno normativo puede ser tan plausible, útil e interesante como la explicación ofrecida por el realismo⁵⁶¹.

La forma de esa prueba en pro del realismo moral es lo que Mackie ataca en primer lugar, pues no es aquella una asunción que él entienda puede satisfacer plenamente a una teoría Ética interesada en algo más que el contenido de los enunciados morales (también habría de indagar sobre su status⁵⁶², que para Mackie incluye necesariamente referencias al carácter ontológico, y no sólo lingüístico o conceptual, de aquellos⁵⁶³); en sus propios términos:

Si la ética de segundo orden quedara confinada, entonces, al análisis lingüístico y conceptual, habría de concluir que los valores morales son como poco objetivos: que lo son es parte de lo que nuestras proposiciones ordinarias significan... Pero es precisamente por esta razón que el análisis lingüístico y conceptual no basta. La apelación a la objetividad por muy incardinada que esté en nuestro lenguaje y pensamiento no se autovalida. Puede y debe ser cuestionada⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Vid., Peter Railton, 1997, p. 138, e igualmente David O. Brink que usa una estrategia argumentativa similar; 1989, p. 36.

⁵⁶² Mackie distingue entre *first order ethics* (el análisis del contenido sustantivo de los juicios morales) y *second order ethics* (el estudio del carácter de dichos juicios: desde el punto de vista de su significado, su carácter cognoscible o no etc...), distinción que, si no le malinterpreto, se corresponde con la hoy más convencional y arraigada entre ética normativa y metaética; vid., 1977, pp. 9, 16-17, 19-20.

⁵⁶³ Mackie, 1977, p. 19.

⁵⁶⁴ Mackie, 1977, p. 35.

El argumento fundamental que utiliza Mackie para demostrar la equivocación del realista, el argumento de la excentricidad (*queerness*⁵⁶⁵), alude a una de las dificultades que anteriormente apunté habría de sortear el naturalista ético: cómo dar cuenta del magnetismo o carácter dinámico de las nociones morales⁵⁶⁶. El razonamiento de Mackie puede ser reconstruido en la forma de un condicional: si se reconoce la naturaleza práctica de las proposiciones morales, es decir su invocación a actuar en la forma que sugiere la proposición afirmada sinceramente por quien entiende que ese curso de acción es valioso o debido, habrá que dejar de lado la apelación a la existencia de hechos o propiedades morales externas, objetivamente valiosas, ajenos a la motivación o atribución de valor del agente, que harían por tanto de los cursos de acción algo valioso en sí mismo. O dicho de otra forma, y tomando en préstamo los términos en los que se desarrolla el debate entre el internalismo y externalismo⁵⁶⁷: si la posición

⁵⁶⁵ Ibid., p. 38.

⁵⁶⁶ En lo que sigue voy a valerme del razonamiento que sobre este particular desarrolla Mackie (1977, pp. 30-49), y de la excelente ilustración que del mismo hace Bayón (1991, pp. 212-224) en el marco de la discusión entre las posiciones 'internalistas' o 'proyectivistas' y 'externalistas' o basadas en el 'realismo valorativo' acerca de la existencia o no de razones morales para actuar no estrictamente confinadas en la propia estructura de motivaciones del agente. El otro argumento que Mackie desarrolla es el de la relatividad, y viene a confirmar que los desacuerdos morales no son resolubles como en el ámbito de las ciencias; vid., Mackie, 1977, pp.36-38.

⁵⁶⁷ La distinción entre internalismo y externalismo (como dos distintos sentidos de 'deber') fue trazada por Falk y Frankena; vid., respectivamente, 1947-48, pp. 111-138 y 1958, pp. 40-81. Posteriormente fue revitalizada por Bernard Williams en el trabajo clásico, "Internal and External Reasons", en 1980, pp. 101-113. De acuerdo con la teoría internalista, la verdad de un juicio moral implica la existencia de un motivo para actuar según tal juicio, de tal forma que 'X es correcto' es verdadero si existe un motivo M para el agente A para hacer X (las razones por las cuales la acción es correcta y las razones por las que es realizada son idénticas). Según la teoría externalista, la verdad de una proposición moral no depende de los motivos del agente; vid., Christine M. Korsgaard, 1986, pp. 8-10. Korsgaard denomina 'requisito del internalismo' a la idea de que las apelaciones de la razón práctica, si realmente nos ofrecen razones para la acción, han de ser capaces de motivar a las *personas racionales*, lo cual no implica la exigencia (que habría postulado Williams para sostener que no existen razones externas y por ello, según Korsgaard le convierte en un escéptico sobre la razón práctica) de que en todo caso las consideraciones racionales siempre logren motivarnos, sino que lo consigan en tanto en cuanto somos racionales; vid., Korsgaard, 1986, pp. 11, 15 y Bayón en la misma línea, 1991, p. 205, n. 262.

internalista, según la cual las razones morales de los agentes para actuar son razones internas (esto es, razones que ellos tienen desde su punto de vista, incluidas en sus 'conjuntos subjetivos de motivaciones') es errónea, el realista o externalista que aduce la existencia de razones morales externas que motivan la acción a partir de la constatación u observación de la presencia de ciertos hechos o propiedades 'morales', ha de comprometerse con la visión de que estos tienen una naturaleza peculiarísima. Lo objetivamente bueno sería perseguido por cualquiera que lo reconoce, no por la presencia de algún hecho contingente en la persona (como sus deseos o motivos) sino porque de alguna forma la 'cosa' u objeto tendría insito el 'debe ser realizado' en sí⁵⁶⁸. Y este sería un aspecto completamente diferente de cualesquiera otros que componen las entidades que pueblan el universo y sólo aprehensible mediante una facultad intelectual misteriosa. El realismo se vería finalmente abocado a suscribir alguna suerte de intuicionismo⁵⁶⁹.

El otro motivo de peculiaridad ontológica que abrazaría el realismo tiene que ver con la superveniencia; si hay hechos morales, "¿cuál es la conexión entre el hecho natural de que una acción es una muestra de crueldad deliberada... y el hecho moral de que es incorrecta?"⁵⁷⁰; ¿cómo podemos discernir tal propiedad superviniente?

⁵⁶⁸ Un ejemplo de la adopción de esta suerte de metafísica lo proporciona John McDowell. Que un objeto produzca temor se explica por su *ser o tener la propiedad* 'atemorizante'; vid., 1997a, p. 207.

⁵⁶⁹ Vid., Mackie, 1977, pp. 38-39.

⁵⁷⁰ Mackie, 1977, p. 41.

La defensa del realista se ha dado en dos frentes, en ocasiones de manera entrecruzada. En primer lugar, la estrategia ha consistido en negar el antecedente de ese condicional con el que reconstruimos el argumento de la excentricidad de Mackie. Bien porque, como en el caso de Michael Moore, se entiende que no hay nada extraño en sostener que uno puede conocer la incorrección moral de cierta acción y sin embargo no sentirse motivado⁵⁷¹ o, alternatively, porque se postula alguna suerte de déficit cognitivo o perceptivo en quien no ve o no se siente inclinado a actuar de la forma en que el juicio moral (objetivo) le dirige⁵⁷²; alguien a quien entonces, como retóricamente afirma Mark Platts, le habrá 'seducido el mal'⁵⁷³. Esta segunda vía argumentativa se sostiene en muchos casos sobre la equiparación de las propiedades morales con las propiedades secundarias de los objetos.

John MacDowell, caracterizado postulador de esta aproximación, ha coincidido con Harman en que es evidente que los valores, mucho más que las

⁵⁷¹ Vid., Moore, 1982, pp. 1122-1123. También Peter Railton ha negado que los imperativos morales sean categóricos; que generen una razón para la acción para todos los agentes racionales independientemente de sus deseos contingentes. Lo cual no implica abrazar el relativismo sino la visión externalista de la racionalidad moral, pues en su opinión la motivación racional no es una precondition de la obligación moral; en sus propias palabras: "Por ejemplo, puede ser dicho con verdad que debo ser más generoso aunque una mayor generosidad no me ayudaría a promover mis fines existentes, o incluso satisfacer mis intereses objetivos. Esto podría ser así porque lo que sería moralmente correcto que hiciera depende de lo que es racional desde un punto de vista que me incluye aunque no exhaustivamente. En modo similar, podría ser dicho que lógicamente no debo creer tanto la proposición p como la que implica no-p. Con todo, puede no ser el caso que todo agente racional tenga una razón instrumental para purgar todas las contradicciones lógicas de su pensamiento. Requeriría una enorme cantidad de cogitaciones para cualquiera comprobar la consistencia de todas sus creencias, y asegurar que cada nueva creencia adquirida la preserva"; vid., Railton, 1997, p. 155.

⁵⁷² Vid., Boyd, 1988, pp. 214-216.

⁵⁷³ Vid., Platts, 1988, pp. 300-302, admitiendo que no tiene una explicación para confirmar su afirmación de que ver lo bueno compele a la acción, aunque no lo asegura, mientras que ver lo malo la repele, aunque no del todo.

cualidades esencialmente fenoménicas, no pueden ser acreditados con eficacia causal: no tienen ningún peso en ninguna explicación de la experiencia de valoración remotamente análoga a las explicaciones estándar de la experiencia de las cualidades primarias. Pero una vez tomamos en serio la posibilidad de entender los valores como propiedades secundarias se abre la brecha entre aquella admisión de la ineficacia causal explicativa de los mismos, y cualquier concesión de que los valores no son aspectos genuinos de la realidad⁵⁷⁴. La cualidad secundaria es, como ha descrito McDowell, una propiedad cuya adscripción a un objeto no es adecuadamente entendida excepto como verdadera, si lo es, en virtud de la disposición del objeto a presentar un cierto tipo de apariencia perceptiva; concretamente una caracterizable mediante el uso de una palabra para la propiedad en sí misma que nos indica como el objeto es sensorialmente tomado. Que un objeto sea 'rojo' se entiende que se sigue en virtud de ser el objeto de tal forma que en ciertas circunstancias aparece, precisamente, rojo. Se trata de las propiedades que Locke identificaba con los poderes de producir ciertas sensaciones en nosotros. Como tales propiedades secundarias, son supervinientes sobre las primarias del perceptor, el objeto y el contexto en derredor, e independientes de la experiencia en sí misma⁵⁷⁵. El concepto de intereses subjetivos, por ejemplo, puede entenderse como una cualidad secundaria tal, similar al gusto. Tener un interés subjetivo sobre algo querría decir que, en circunstancias ordinarias, ese algo excita una actitud positiva o inclinación en mí, al igual que explicamos que afirmar que se encuentra el azúcar dulce es decir que,

⁵⁷⁴ Vid., John McDowell, 1997a, p. 206.

⁵⁷⁵ Ibid, p. 202 e igualmente Railton, 1997, p. 142.

en circunstancias normales, el azúcar genera una sensación gustatoria particular⁵⁷⁶.

Presidida por la estrategia occamista, que recomienda no introducir más entidades en nuestro universo conceptual de las estrictamente necesarias, el internalista o antirrealista procura en cambio una explicación más simple o menos misteriosa de los juicios morales y por ende del fenómeno normativo: percibimos un conjunto de propiedades naturales de los objetos y adoptamos determinadas actitudes que a continuación asignamos a aquellas para después referirnos a los mismos como algo valioso. Esta es la tesis que bajo el nombre de 'proyectivismo' ha desarrollado Simon Blackburn⁵⁷⁷ y que tiene en Hume su antecedente más remoto y en las corrientes prescriptivistas y emotivistas las expresiones contemporáneas más inmediatas⁵⁷⁸.

De acuerdo con el propio Blackburn, el proyectivismo, como 'filosofía de la evaluación' que él defiende, es antirealista puesto que "llas explicaciones que ofrece no practican apelación esencial o irreductible alguna a la existencia de 'propiedades' o 'hechos' morales; no demandan ninguna 'ontología'⁵⁷⁹, constituyendo una mejor descripción por razones de economía conceptual y por dar una más adecuada caracterización de la relación de superveniencia entre

⁵⁷⁶ Vid., Railton, 1997, p. 142.

⁵⁷⁷ Vid., Blackburn, 1984, p. 181 y 1993, p. 152. Explicaciones similares se pueden encontrar en Mackie, 1977, p. 41; John McDowell, 1997b, p. 217 y Bayón, 1991, pp. 217-218.

⁵⁷⁸ Como nos recuerdan McDowell y Blackburn parafraseando a Hume, la proyección es la tarea en la que la mente se involucra cuando "se expande a sí misma en el mundo externo"; vid., John McDowell, 1997b, p. 215; Blackburn, 1984, p. 171 y 1997, p. 168.

⁵⁷⁹ Blackburn, 1997, p. 174.

propiedades de primer orden y valores, así como de la fuerza o 'magnetismo' de los juicios morales⁵⁸⁰, pero sin que de ello se siga, como sí es el caso en la metaética de Mackie, la afirmación de que nuestra práctica discursiva moral está basada en el error. Se afirmaría por contra que no habría equivocación en la pretensión de verdad u objetividad que mantenemos como participantes en la argumentación ética, incluso una vez hayamos sido persuadidos de la explicación proyectivista. Esa es la empresa que Blackburn denomina 'cuasirealismo'⁵⁸¹. El cuasirealista, escribe Blackburn, sería aquel que "[p]artiendo de una posición anti-realista se encuentra progresivamente capacitado para imitar los pensamientos y prácticas supuestamente concluyentes del realismo"⁵⁸², o, inversamente, aquel que se emplea en mostrar cuánto de la apariencia presuntamente realista del pensamiento moral ordinario es explicable y justificable bajo los presupuestos antirealistas⁵⁸³. De tal forma que, por ejemplo, podemos concebir la gramática

⁵⁸⁰ Vid., 1984, pp. 182-189.

⁵⁸¹ Ibid., p. 171. Una idea similar ha sido también defendida bajo la denominación de 'objetividad mínima' por Jules Coleman y Leiter. De acuerdo con la tesis sostenida por estos autores puede que no haya hechos morales, pero aun así podemos dar una explicación del significado del discurso moral *como si los hubiera*; vid., 1995, p. 255.

⁵⁸² Vid., 1993, p. 4. En *Spreading the Word*, Blackburn ya insistió en la necesidad de distinguir entre proyectivismo y cuasirealismo. El proyectivismo, escribe, es una filosofía de la evaluación (vid., supra) que afirma que las propiedades evaluativas son proyecciones de nuestros propios sentimientos (emociones, reacciones, actitudes, etc.), mientras que el cuasirealismo es el proyecto de explicar "[p]or qué nuestro discurso tiene la forma que tiene, en particular mediante el tratamiento de los predicados evaluativos como otros predicados, si el proyectivismo es verdadero. Busca explicar por tanto, y justificar, la naturaleza aparentemente realista de nuestro discurso sobre valores-la forma en que pensamos que podemos estar equivocados sobre los mismos, que hay una verdad que puede encontrarse, etc."; vid., 1984, p. 180.

⁵⁸³ Vid., 1993, p. 151. En la interpretación dada por McDowell, lo que explotaría el cuasirealismo de Blackburn es que las sensibilidades éticas de las que las actitudes resultan, son en sí mismas objeto de crítica y argumentación, de aprobación o desaprobación. Esa evaluación crítica de segundo orden tendría carácter formal involucrando criterios como la consistencia, y también constricciones sustantivas acerca de las sensibilidades aceptables. Las constricciones derivarían, por ejemplo, de la función de la reflexión y discurso ético en ayudar a asegurar bienes tales como el orden social y la cooperación; vid., McDowell, 1997b, p. 217. De manera similar Bayón arguye que, como explicación de segundo orden, la perspectiva cuasirealista da cuenta de los juicios de 'objetividad moral' en términos de corrección de los

realista de nuestros juicios (mostrada en aseveraciones como "la esclavitud es objetivamente injusta") no como, según denunció Mackie, un compromiso objetivista errado (con una proposición de segundo orden de la metafísica moral), sino como la expresión apropiada y necesaria de una actitud hacia nuestras propias actitudes⁵⁸⁴.

La diferencia con las teorías de la sensibilidad moral a la Wiggins y McDowell que sumariamente describimos anteriormente, es que para éstos los cambios en las sensibilidades de los sujetos nos permiten dar un paso más: concluir que se perciben propiedades éticas en las cosas. Uno de los problemas fundamentales de esta toma de postura es que, nos recuerda Blackburn, lo ético en multitud de ocasiones tiene que ver con situaciones imaginadas o descritas, no percibidas. Alcanzamos veredictos morales acerca del comportamiento, de acciones o agentes descritos a la luz de estándares generales. Y es raro, dice Blackburn, tomar estos estándares generales como formados o mantenidos perceptivamente⁵⁸⁵.

mismos desde el punto de vista en el que se sitúa el que los emite. Cada uno de esos juicios, indica Bayón, "[i]ncorporaría entonces la pretensión de reflejar correctamente dicho punto de vista, y los desacuerdos morales serían genuinas discrepancias acerca de lo que resultaría de la adopción del mismo"; vid., 1991, p. 223. Ahora bien, ese punto de vista sería adoptado por la concurrencia de ciertas preferencias últimas fundamentales de tal forma que los juicios emitidos desde el mismo son genuinamente comprometidos o prácticos (ibid.; véase asimismo en p. 224 la llamada de atención de Bayón sobre las similitudes entre el cuasirealismo de Blackburn y el 'relativismo conceptual' postulado por Nino).

⁵⁸⁴ Vid., 1993, pp. 152-153. De tal forma que, por ejemplo, bajo el cuasirealismo se podría albergar el tipo de proposiciones contrafácticas que, leídas como enunciados de segundo orden, traslucen una visión antiproyectivista o 'mentalmente independiente' de los hechos morales; proposiciones tales como: "incluso si lo hubiéramos aprobado o si todos lo disfrutáramos o deseáramos, el espectáculo taurino aún seguiría constituyendo una equivocación moral". Estos serían, bajo la interpretación proyectivista, compromisos de primer orden en tanto en cuanto no es a nuestra actitud de aprobación a donde debemos dirigir nuestra inspección para descubrir si las corridas de toros son errores morales (sino, principalmente al menos, al efecto que sobre los toros tienen; ibid., p. 153).

⁵⁸⁵ Vid., Blackburn, 1997, p. 170.

Tanto McDowell como Wiggins afirman que la relación propiedades morales-sensibilidad perceptiva es causalmente bidireccional. El proyectivismo de Blackburn, ha escrito McDowell, se sostiene sobre la caricaturización de las alternativas disponibles, no habiendo aquel reparado en que además de la posibilidad de que entendamos las propiedades éticas de una realidad moral independiente como causantes o 'padres' de nuestras reacciones y sensibilidad moral (como afirmaría el realista) o, alternativamente, tales aspectos o cualidades como 'hijos' de estas últimas (como propondría el antirealismo proyectivista), cabe una tercera opción que las tomaría a ambas en un mismo plano; como 'hermanos gemelos'. Es decir, pares de sentimientos y rasgos recíprocamente relacionados⁵⁸⁶. Pero, se pregunta Blackburn, ¿cómo se entiende esto? ¿Quién hace que las sensibilidades estén moldeadas para las propiedades? ¿Acaso Dios? Nuevamente parecería que hemos de recabar en una historia 'supernatural' para dar cuenta de esa relación recíproca o de causalidad bidireccional⁵⁸⁷. Wiggins habría propuesto caracterizar esa adecuación como el resultado de un proceso de educación que nos permitiría concluir que una vez esa armonía entre la sensibilidad y los aspectos morales se ha logrado, "Illa civilización ha comenzado"⁵⁸⁸. Pero, nuevamente, Blackburn insiste en la ininteligibilidad de tal descripción preguntándose: "¿Es una buena descripción teórica o explicación del hecho de que valoramos la amistad que, primero, es buena y, segundo, la civilización ha 'hecho' nuestras sensibilidades

⁵⁸⁶ Vid., McDowell, 1997b, pp. 219, 223 y David Wiggins, 1976, p. 348.

⁵⁸⁷ Blackburn, 1997, p. 171.

⁵⁸⁸ David Wiggins, 1997, p. 232.

'para' la propiedad de lo bueno?"⁵⁸⁹.

Equiparar los valores con las propiedades de segundo orden es un error en tanto en cuanto los mecanismos receptivos de estas últimas son un objeto de estudio científico. Pueden ser analizados los daños en la retina y en otros órganos de percepción de manera que demos cuenta cabal de los defectos sensoriales. Nada parecido, en términos de explicación causal, existe en relación a la presunta 'ceguera o sordera moral' que los individuos podrían sufrir de acuerdo con los partidarios de la equiparación⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Blackburn, 1997, p. 171 (énfasis suyo).

⁵⁹⁰ Vid., 1993, op. cit., p. 160 (otras cinco diferencias notables, relacionadas con la distinta relación de superveniencia, el efecto de la variedad de formas de vida social, etc. son también enfatizadas por Blackburn-vid., pp. 160-161-, pero a los efectos expositivos creo que con la descrita en el texto queda suficientemente ilustrada la controversia entre sus posiciones y las de Wiggins-MacDowell).

4.5 La irrelevancia de la metaética objetivista. Las versiones de Waldron y Dworkin

Supongamos que todos los argumentos anteriormente apuntados en favor de una visión cuasirealista o proyectivista del fenómeno moral no fueran atendibles, y que sí lo fuera en cambio el realismo defendido por Brink y Moore. ¿Qué efectos prácticos tendría, en nuestro comportamiento y en el diseño de las instituciones, esa verdad del realismo moral?

Para Moore, cualquier versión no cognoscitivista de la Ética (sea el prescriptivismo, emotivismo o subjetivismo), que afirme la imposibilidad de predicar condiciones de verdad de los juicios morales por negar la existencia de hechos morales, afecta decisivamente el 'tono' de nuestra experiencia moral y nuestra capacidad de compromiso con ciertos ideales⁵⁹¹.

Por otro lado, la afirmación del realismo tanto moral como semántico, tiene como consecuencia que la objeción al control judicial de constitucionalidad basada en la democracia y en la división de poderes deje de ser un problema. Lo es para los que abrazan el intencionalismo como teoría interpretativa del derecho y la concepción positivista a la Hart del mismo, aproximaciones ambas que habrían quedado superadas por el realismo⁵⁹². En el ámbito objeto de nuestro interés prioritario, la verdad del realismo tendría como consecuencia que los tribunales

⁵⁹¹ Vid., Michael Moore, 1982, pp. 1063-1065; el mismo argumento ha sido esgrimido por Railton; vid., 1997, p. 138.

⁵⁹² Vid., David O. Brink, 1988, pp. 140-143.

constitucionales, "[p]ueden y deben recabar en la teoría moral y política a la hora de interpretar y aplicar la Constitución"⁵⁹³.

Pensemos, nos propone Moore, que la legislación sobre divorcio obliga al otorgamiento de la custodia de los menores en función de los mejores intereses de estos. Cabrían dos alternativas interpretativas: o bien la expresión 'mejores intereses' alude a lo que se entiende por ellos en la moral convencional o, alternativamente, a lo que el propio aplicador del derecho considera que son tales. De acuerdo con la tesis realista defendida por Moore, existe un *tertium datur*:

...el legislador pudo haber querido decir que se debe conceder la custodia en función de lo que realmente sean los mejores intereses del niño, independientemente de lo que la juez o la sociedad piense al respecto. Un realista moral verá al menos tal tercera posibilidad... Sólo un realista sobre los juicios morales puede evitar el dilema de verse convertido en un instrumento de un consenso social que condena o de un anacronismo en una sociedad democrática y liberal. Lo cual no quiere decir que si persigue la opción realista, podrá tener siempre, o casi siempre, la seguridad de que la solución que alcanza en un caso particular es la correcta. En lo que un realista que es un iusnaturalista puede confiar cuando decide en contra del consenso social, es en que hay algo objetivo acerca de lo que podría tener razón⁵⁹⁴

Contamos por tanto con dos tesis acerca de la relevancia práctica del objetivismo moral. La primera podría denominarse del 'afianzamiento de la lealtad moral'. La reacción realista está motivada, nos dice Waldron, por el miedo a la concepción emotivista de la moral que tiene como consecuencia, de acuerdo con los partidarios del cognoscitivismo y como tuvimos oportunidad de indicar anteriormente, el no tomarse la moralidad demasiado en serio. Los juicios de valor,

⁵⁹³ Brink, 1988, p. 143.

⁵⁹⁴ Vid., Moore, 1982, pp. 1155-1156 (primer énfasis mío).

como meras expresiones de emociones, no serían distintos de las muestras de asentimiento o disentimiento estético o gustatorio, y esta es una visión que no parece casar bien con la importancia que damos a aquellos y la trascendencia que pensamos tienen las consideraciones éticas para nuestras vidas y para la vida en comunidad.

Ahora bien, ese 'tomarse en serio a la Ética' puede querer decir, de acuerdo con Waldron, dos cosas: (1) entender que los juicios morales compelen a la acción o (2) no estar dispuesto a transigir, permaneciendo leales a los principios morales que uno acepta. ¿Es (2) la suerte de fidelidad moral sobre la que la gente está interesada? En la versión de (2) que informa el objetivismo ético, 'principios morales' querría decir descripciones que entendemos exactas o verdaderas de la realidad moral, y por tanto comprometerse con los mismos aludiría a una lealtad de carácter teórico (como la del científico que, por ejemplo, en tanto en cuanto no le muestren evidencias conclusivas en contra de su forma de explicar los fenómenos, se aferra a sus tesis).

Pero en realidad, nadie se siente atraído por este tipo de compromiso ético, sino más bien por el que resume la versión (1): admiramos al que se toma en serio la moralidad, en el sentido de actuar de manera coherente en relación con los principios o juicios morales que se profesan⁵⁹⁵. Pero (1) es, como sabemos, incompatible con el realismo ético. O, dicho con mayor precisión, para el realista no hay nada de lo que extrañarse al aludir a 'hechos' morales objetivos, en tanto

⁵⁹⁵ Vid., Jeremy Waldron, 1992, pp. 167-169.

en cuanto, nos dice, es posible (en el sentido de no ser lógicamente inconsistente) conocer y afirmar sinceramente la incorrección moral de cierta acción y no sentirse motivado a no realizarla, no resultando necesario, por ello, comprometerse con la creencia en rasgos metafísicamente excéntricos de los estados de cosas tales como el 'deber ser procurado en sí' (vid., supra Mackie).

Ahora bien, si esto es así, ¿qué diferenciaría entonces al amoral del realista ético? Como ha escrito Goldsworthy, en la negación de que el conocimiento de lo bueno es necesariamente motivador ambos parecen ser compañeros de viaje⁵⁹⁶. Pero fijémonos, además, como ese externalismo (la brecha entre motivos y acciones), no es, en el fondo, sinceramente asumido. Se supone que si Michael Moore y el resto de los partidarios de las Éticas de segundo orden objetivistas logran el convencimiento general de los individuos, el mundo será, en algún sentido, mejor; ¿pero meramente porque entonces pensemos que los juicios morales que proferimos sí tienen valor de verdad o falsedad o se refieren a un universo objetivo de valores, aunque ello siga sin modificar nuestro conjunto de motivos para actuar? Esta sería la consecuencia de mantener el externalismo a lo largo de todos los niveles; ahora, nos diría el externalista o realista consistente, no generaría perplejidades la afirmación: "sé que mis juicios son verdaderos o falsos, tienen carácter descriptivo, pero eso no es un motivo para comportarme siempre de acuerdo con dichos juicios". Con ello el argumento de Moore sería autorefutatorio: de acuerdo con sus propias premisas externalistas, la creencia en el objetivismo o realismo moral no ha de tener relevancia práctica alguna, aunque

⁵⁹⁶ Vid., Jeffrey Goldsworthy, 1995, pp. 363-365, 368.

él manifieste que sí la tendría como un argumento en favor de dicha posición metaética⁵⁹⁷.

Mucho de lo que se podría indicar críticamente en torno a la segunda razón o tesis en favor de la relevancia práctica del objetivismo fue avanzado en el capítulo I, en el que di cuenta de los argumentos de Waldron en contra de la institución del control judicial de constitucionalidad. Recordemos que los partidarios de la misma, así como de la constitucionalización de determinados derechos (entendidos como ciertas exigencias éticas básicas de todos los individuos) se basaban en la no consideración o, al menos, minusvaloración del 'hecho del desacuerdo moral básico' acerca del contenido, alcance y límites de tales derechos. Este mismo argumento del 'hecho del desacuerdo' es un escollo difícilmente superable por el realismo moral y que afianza en cambio la visión antirealista de la ética. Michael Moore y muchos de los que han apostado por el realismo, como ya hemos tenido oportunidad de analizar, no consideran ese dato como algo definitivo en contra del objetivismo moral, pues con ello no se demuestra que no haya un hecho objetivo sobre el que se discute (*objective fact of the matter*). Pero se insiste sobre esto, afirma Waldron, "¿cómo si fuera todo lo que se necesita decir acerca del desacuerdo moral para evitar una posición embarazosa para el realista. Y no lo es: el desacuerdo moral persiste como una dificultad para el realismo, incluso si ello no implica su falsedad, en tanto en cuanto el realista no acabe de establecer conexiones entre la idea de verdad objetiva y la

⁵⁹⁷ Con algunas variantes, este es un argumento también desarrollado por Jeffrey Goldsworthy; vid., 1995, pp. 362-363, 374.

existencia de procedimientos para resolver el desacuerdo"⁵⁹⁸.

También en el ámbito científico sabemos, nos recordaría el realista, y más desde las aportaciones de una filosofía de la ciencia que ha superado un cartesianismo ingenuo, que existen desacuerdos radicales. Pero la diferencia, contraargumenta Waldron, es que en ese dominio nuestra concepción de la realidad aún está asociada con la observación, aparatos de medición y experimentación, es decir, con ciertos presupuestos metodológicos acerca de cómo proceder en caso de discrepancia. Los realistas morales no aportan nada parecido⁵⁹⁹.

Y lo cierto es que esta aseveración de Waldron se confirma cuando reparamos en el efecto práctico que, de acuerdo con Michael Moore, tendría la asunción del realismo moral por parte de los jueces constitucionales. Planteándose el mismo la posibilidad de que su teoría sea inaplicable si resultase que los jueces de la Corte Suprema, por ejemplo, son escépticos metaéticos, afirma:

Si nos va a inquietar este problema en el contexto del poder judicial, nuestra mayor preocupación debe ser contar con los jueces adecuados en el foro, aquellos que saben que la libertad existe y lo que significa. Estos jueces están constreñidos. Por supuesto la clave es descubrir quienes son. No un problema menor, pero en todo caso, un problema reconocible para el que, si estuviera sentado en la Comisión Judicial del Senado, tendría una respuesta. Seleccionense jueces que, de hecho, crean, como los constituyentes, en la existencia de valores como la libertad y la igualdad. Me gustaría también saber qué piensan estos jueces sobre lo que significa la libertad e igualdad antes de la confirmación, para ver si tienen la pericia e

⁵⁹⁸ Vid., Jeremy Waldron, 1992, pp. 172-173.

⁵⁹⁹ Vid., Waldron, 1992, pp. 173-176.

*integridad necesarias para desarrollar buenas teorías acerca de la naturaleza de estos valores*⁶⁰⁰

4.5.1 La 'futilidad moral' de la metaética

Tanto el realismo como el antirealismo (en su versión cuasirealista informada por el proyectivismo) son perspectivas fútiles, entendidas como aproximaciones de segundo orden al fenómeno normativo. Esta es la tesis basilar que Ronald Dworkin apuntó ya en "On Interpretation and Objectivity"⁶⁰¹ y que ha desarrollado extensamente en "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It"⁶⁰². Su esterilidad devendría de que no añaden sustantividad alguna a las propias alegaciones morales de primer orden cuando pretenden ser perspectivas 'externas' que juzgan el carácter real, verdadero u objetivo de aquellas. El error de estos enfoques (realistas y antirealistas) que Dworkin tilda de arquimédicos, es su pretensión de permanecer 'fuera' del cuerpo global de creencias éticas, evaluándolo desde premisas que a dicho conjunto nada deben.

El filósofo arquimédico es capaz de divorciar dos mundos: dentro del juego de la discusión moral decimos cosas tales como 'la esclavitud es injusta', o 'el genocidio en Bosnia fue una aberración', pero en el fondo, nos diría aquél, sabemos que, fuera de ese juego, sobre tales proposiciones no pueden reputarse condiciones de verdad o falsedad; que no son objetivas. Ese divorcio es el que

⁶⁰⁰ Vid., Moore, 1989, pp. 13-14. Parece, por lo que se desprende del texto extractado, que no habrá mas precisiones sobre las auténticas implicaciones del realismo semántico de Moore hasta que este sea miembro de la comisión judicial del senado.

⁶⁰¹ Recogido en 1985, esp. pp. 167-177.

⁶⁰² Véanse también las consideraciones sobre esta cuestión (dentro del ámbito de la metodología interpretativa) en 1986, pp. 78-82.

Dworkin niega que pueda hacerse: que los juicios morales sean o no verificables, objetivos o descriptores de la realidad es en sí misma una cuestión moral, y en ese sentido, las proposiciones externas (que Dworkin llama proposiciones-E) o metaéticas, no dejan incólumes (como pretenderían los arquimédicos) los enunciados morales de primer orden (denominadas por aquel proposiciones-I)⁶⁰³.

La negación 'desde fuera' de la objetividad moral, lo que Dworkin llama 'escepticismo externo', ha de contrastarse con una versión 'interna' del mismo que sí sería, escribe, plausible. Una tesis escéptica acerca del valor lo es internamente si presupone la verdad de algún juicio de valor positivo, aunque niegue grupos de alegaciones normativas familiares y justifique ese rechazo abrazando otras diferentes. En general, apunta Dworkin, el escepticismo interno presupone un juicio moral positivo de carácter contrafáctico. Así, se alegaría que ciertas condiciones que, de concurrir, sustentarían una cierta proposición normativa, de hecho no se dan. Y ello tiene, nos dice Dworkin, implicaciones directas para la acción: ser escépticos sobre los dictados de la moral sexual de la comunidad habría de suponer, por ejemplo, que no podemos censurar a la gente por su orientación sexual haciendo campaña para penalizar la homosexualidad⁶⁰⁴.

El escepticismo externo, en cambio, pretende diferir en esos dos aspectos: por un lado, es presuntamente austero, en el sentido de que no descansa en ningún juicio moral positivo teórico o contrafáctico y, por otro, es neutral en

⁶⁰³ Vid., Dworkin, 1985, pp. 171-174 y 1996b, pp. 88-89, 92-93.

⁶⁰⁴ 1996b, pp. 89-92.

tanto en cuanto no toma parte en las controversias morales⁶⁰⁵. Esa actitud austera y neutral del escepticismo externo es ilustrada por Dworkin mediante el siguiente ejemplo. Supongamos el desarrollo de una controversia moral en torno a la interrupción del embarazo en el supuesto eugenésico. Algunos alegarían que el aborto en ese caso está prohibido, otros que es obligatorio y otros que está permitido. Esta última postura es la posición neutral entre la primera y la segunda, pero en un sentido interno al debate. El partidario de la permisión ataca los argumentos del que favorece la prohibición y la obligación porque entiende que están equivocados, y de ahí se deriva una apelación a la injustificabilidad moral de la interferencia en la decisión de poner fin al embarazo. El escéptico externo que aduce el error de todas las anteriores posiciones basándose en que los juicios morales no son ni verdaderos ni falsos o en que no existen propiedades morales en los estados de cosas, se encuentra, en lo que hace a las implicaciones para la acción de su postura, con el partidario de la permisión como compañero de viaje. Pero, a diferencia de este, sustenta tales consecuencias permisivas con escasa mordiente argumentativa una vez que entendemos que sus afirmaciones de segundo orden no afectan en nada a la controversia sustantiva. Tendrá que dar razones morales para defender su posición tal y como hace el escéptico interno. Si no es así, viene a decir Dworkin, su empeño es vano porque estará enfrentándose a un fantasma: a una doctrina que nadie sostiene, ni en la vida académica ni en el ámbito cotidiano.

⁶⁰⁵ 1996b, pp. 93-94. En una época marcada por el multiculturalismo, la combinación de austeridad y neutralidad haría que el escepticismo externo se viera como una posición atractiva (ibid).

Ese sería el dilema del antirealista que, como Mackie, censura al objetivista ético que no puede dar una adecuada explicación de la ontología que apoye sus credenciales realistas. Dentro del juego del lenguaje en que consiste la deliberación moral tal y como se desarrolla, una proposición normativa a la que se añade un adverbio de modo como 'objetivamente', 'realmente' ("el genocidio en Bosnia es objetivamente inmoral") no significa nada diferente a "el genocidio en Bosnia es inmoral". Si a la primera se le asigna un sentido especial, (por ejemplo, "las propiedades morales como lo bueno no forman parte de la fábrica del universo"), entonces el argumento no tiene peso puesto que no se contrapone a nada que alguien piense realmente (que las propiedades morales forman parte del universo)⁶⁰⁶.

Esas 'alegaciones posteriores' (*further claims*), presuntamente de segundo orden (metafísicas) no son para Dworkin sino insistencias o modos de enfatizar lo enunciado en primera instancia⁶⁰⁷. En el empeño de mostrar que son algo más cabría situar la empresa cognoscitivista en las distintas versiones con las que ya estamos familiarizados desde el epígrafe anterior (tanto la de los partidarios de la inteligencia de las propiedades morales qua propiedades secundarias, como la de los que entienden que hay una correspondencia directa entre los juicios normativos con la realidad). Afirmar que las propiedades morales son secundarias nos compromete con la idea de que, por ejemplo, si descubriéramos que contrariamente a nuestras expectativas la contemplación del genocidio no afecta

⁶⁰⁶ Dworkin, 1996b, pp. 94-99.

⁶⁰⁷ Ibid., p. 99.

negativamente a la mayoría de la gente normal, el genocidio no sería moralmente erróneo. Pero esta es una tesis sustantiva (de primer orden) no incontrovertible y, en todo caso, defendible sólo mediante el uso de argumentos morales.

Con la pretendida alegación de la correspondencia valores-hechos, lo que nos encontramos es con el escollo de la futilidad. El partidario de la correlación está pensando en algo así como extrañas partículas (que Dworkin propone bautizar como *morons*) y en 'campos morales de fuerzas' y 'momentos' causantes de nuestras reacciones éticas, cosa que, dice Dworkin, nadie sensatamente cree. En definitiva, la construcción arquimédica cognoscitivista de las proposiciones-E, o bien no es exitosa porque en puridad las mismas no son sino enunciados internos, o bien implica atribuir a la gente absurdas tesis metafísicas⁶⁰⁸.

Algunos escépticos arquimédicos (los no-cognoscitivistas) habrían utilizado el camino a la inversa tratando de distinguir entre los *further claims* y las proposiciones-I sustantivas mediante la revisión de nuestra concepción de estas últimas, habiendo concluido que se trata simplemente de expresiones de asentimiento o recomendaciones⁶⁰⁹. Pero finalmente, para hacer esa posición solvente, Dworkin apunta como también el no-cognoscitivista necesita una interpretación de las proposiciones-E a la que oponerse. Y, como ya sabemos, no hay tal: el proyectivismo o cuasirealismo de Blackburn, ejemplifica Dworkin, se erige una vez se ha encontrado una proposición externa a la que corregir. Pero si

⁶⁰⁸ 1996b, pp. 99-108.

⁶⁰⁹ Obviamente Dworkin se refiere a los emotivistas y prescriptivistas.

la afirmación de que los hechos morales forman parte de la estructura última de la realidad es en sí misma interna a la empresa de la argumentación moral, los realistas no cometerían error alguno que deba enmendar la posición de Blackburn⁶¹⁰.

La conclusión de todo el elaborado y complejo argumento de Dworkin es robustecer su tesis de que la moralidad es una dimensión de la experiencia autónoma, sin que ninguna otra disciplina pueda aniquilar su soberanía y sin que esa inexistencia de antecedentes filosofías primeras sobre las que anclar sus credenciales, haya de traducirse en la pérdida de relevancia o respetabilidad de la *Ética de primer orden*⁶¹¹.

Evidentemente, esta proposición de 'tercer orden' no ha dejado de ser contestada por varios de los que sí entienden estar haciendo una metaética útil. Concretamente Blackburn quien, además de haber denunciado a Dworkin la apropiación de algunas de sus tesis 'cuasi-realistas' más importantes⁶¹², ha achacado a este no haber entendido que su propuesta proyectivista no es contradictoria (*adversarial*), sino explicativa de la naturaleza de la proposición normativa, a partir del entendimiento de que la función esencial del compromiso ético es la

⁶¹⁰ 1996b, pp. 108-111.

⁶¹¹ 1996b, pp. 127-128.

⁶¹² Concretamente la estrategia de traducir o 'imitar' en términos de proposiciones 'internas', las apelaciones metaéticas cognoscitivistas (vid., supra 4.4.2).

motivación para actuar⁶¹³.

En la respuesta dada por Dworkin⁶¹⁴, este ha afianzado su posición realista 'incontaminada de apelaciones metafísicas' que, tan sólo colateralmente, había apuntado en el artículo publicado en *Philosophy and Public Affairs*⁶¹⁵. Ahora nos dice, comentando el 'dilema de la motivación' que genera la descripción de las proposiciones morales en términos de referencias a hechos, que: "Muchos de nosotros creemos tres cosas. Primero, que nuestras convicciones morales son creencias sobre hechos (tales como el hecho de que la discriminación por razones étnicas es moralmente errónea) independientes de nuestra voluntad, deseos o motivos, y que nuestras convicciones morales son verdaderas cuando correctamente dan cuenta de aquellos hechos y falsas en caso contrario. Segundo, que dichas creencias morales tienen su propia fuerza motivadora inherente, esto es, que nadie cree realmente que un acto es moralmente obligatorio (salvo que sufra de alguna patología mental) a no ser que sienta alguna inclinación real motivadora hacia ese acto independientemente de otros motivos que pueda tener para seguir o evitar tal curso de acción. Tercero, que ninguna creencia sobre un estado de cosas independiente de los estados mentales puede tener su propia

⁶¹³ Se trata de un comentario de Blackburn al artículo de Dworkin ("Objectivity and Truth...", cit.) introducido el once de noviembre de 1996 en una página del servicio electrónico de reseñas de artículos de la Universidad de Brown (*Brown Electronic Article Review Service*, BEARS, dirección de *world wide web*: <http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/9611blac.html>).

⁶¹⁴ Vid., <http://www.brown.edu/Department/Philosophy/bears/9704dwor.html> (introducido el 9 de abril de 1997).

⁶¹⁵ Vid., 1996b, pp. 127-128.

fuerza motivadora inherente...⁶¹⁶

Como ya sabemos estas tres afirmaciones parecen excluyentes entre sí, pues si hay hechos morales no dependientes de estados mentales, y nuestras propias convicciones morales son rectamente entendidas como creencias sobre aquellos hechos, ¿cómo pueden ser estos inherentemente motivadores? La salida proyectivista a este dilema sobre la motivación (abandonar la primera proposición y tratar nuestras convicciones morales no como hipótesis sobre una realidad moral independiente de los estados mentales, sino como proyecciones de una previa configuración psicológica) lo habría sido en falso: no podemos creerla, escribe Dworkin. No somos capaces de evitar pensar que nuestras creencias morales son descripciones de una realidad moral independiente porque no podemos suscribir que el genocidio dejaría de ser aberrante si nadie creyera que lo es, o si nadie 'proyectara' una emoción reprobatoria hacia sus consecuencias. El recurso al expediente de entender que esta propia actitud es en sí una proyección tampoco resulta fructífero, puesto que, apunta Dworkin, no deja al proyectivista medio alguno para la controversia (ante cualquier nueva indicación del oponente de tercer, cuarto o sucesivos niveles sobre las previas proposiciones de ordenes inferiores, continuaría afirmando el carácter proyectivo de las mismas), y por ello con nada filosóficamente que defender. El cuasi realista que entiende que podemos seguir afirmando aquellas tres proposiciones siempre que añadamos, en los márgenes, que la primera es tan sólo una proyección, mantiene una tesis

⁶¹⁶ Vid., <http://www.brown.edu/Department/Philosophy/bears/9704dwor.html> (introducido el 9 de abril de 1997).

atendible en tanto en cuanto nos indique de qué forma, con esa apreciación proyectivista 'externa' o marginal, el contenido o sentido de la primera proposición (nuestras creencias morales son creencias sobre hechos independientes de nuestra voluntad, deseos etc. y que nuestras convicciones morales son verdaderas cuando correctamente dan cuenta de los mismos y falsas en caso contrario) se altera. Si insiste en que no hay nada que modificar de nuestro conjunto de creencias, no habrá contribuido en absoluto a la resolución del dilema motivacional. El cuasi realista/proyectivista podría pensar que lo que ataca es la posición que Dworkin llama 'morónica' (la que sostiene el partidario de que nuestras creencias morales son causadas por extrañas 'partículas éticas' o 'morones'), pero ese, como antes se dijo, es un adversario fantasmagórico: no es la tesis morónica la que cimenta el dilema motivacional. Este surge porque pensamos que las opiniones morales dan cuenta de hechos morales independientes; no porque creamos que tales hechos causan las creencias que los describen⁶¹⁷.

En definitiva, si uno no puede evitar pensar en esa primera proposición (nuestras proposiciones normativas dan cuenta de hechos morales independientes), porque no se pueden concebir argumentos que la refuten decisivamente, mejor es creerlo⁶¹⁸. Sólo si las premisas del escéptico nos resultan convincentes habremos de abandonar nuestras creencias. Pero ese será un cambio

⁶¹⁷ Vid., <http://www.brown.edu/Department/Philosophy/bears/9704dwor.html> (introducido el 9 de abril de 1997).

⁶¹⁸ Vid., 1996b, p. 118.

de posición sustantivo, dentro del juego de la moralidad porque afecta a las proposiciones de primer orden; no en caso contrario.

Dworkin en definitiva pide al antirealista, al escéptico externo, o incluso al cuasirealista que 'baje a la arena' y defienda sus posiciones argumentando moralmente. El descenso se impone, además, porque en el nivel superior no hay rival al que enfrentarse, ya que nadie sostiene la extravagante tesis metafísica 'morónica'.

Como muchos de los planteamientos dworkinianos el ataque es sumamente ingenioso y, al igual que en otras discusiones, se basa en la estrategia de desvelar como, tras una inspección más cautelosa, los presupuestos del que, presuntamente, objeta las posiciones del autor de *Law's Empire* son idénticos a los que él mantiene; el escéptico externo es en puridad un argumentante moral que, como todos nosotros, cree las mismas cosas: la objetividad de nuestros juicios morales y la asignación del carácter de verdad o falsedad de los mismos en función de la correspondencia de estos con el mundo externo. Y ello no se explica ni a través de la tesis causal que Dworkin denomina morónica, ni mediante el cuasirealismo de Blackburn en tanto en cuanto pensamos que el genocidio es inmoral no porque proyectemos una actitud reprobatoria; aunque no lo hiciéramos seguiría siendo una aberración ética.

¿Cómo se explica entonces? O más bien, ¿cómo se puede entender que a pesar de ese compartir los presupuestos realistas, se produzca el desacuerdo moral

básico sobre muchas cuestiones? ¿Qué tipo de aproximación filosófica sería útil para responder a estas preguntas? Sólo aquella, nos dice Dworkin, que nos hiciera modificar nuestros juicios morales sustantivos de primer orden. Y no existe ninguna que lo consiga.

¿Ni siquiera su propia afirmación según la cual, los que piensan que la discriminación étnica es inmoral entienden que lo seguiría siendo aunque nadie proyectara una actitud de censura hacia esa práctica, habría de tener impacto alguno para los que sostienen-y los hay-que es moralmente correcto discriminar étnicamente? Si éste no puede evitar pensar tal cosa, tanto como el que entiende que "los juicios morales tienen valor de verdad o falsedad" o "nuestras creencias normativas dan cuenta de hechos independientes" y puesto que ambas serían proposiciones internas o de primer orden, ¿seguiría siendo válida la recomendación de Dworkin, al racista en este caso, de que lo mejor que puede hacer es permanecer leal a su creencia?

Si sí que tiene impacto aquella postura del objetivista o realista, Dworkin nos ha de explicar por qué sigue habiendo racistas. Si en realidad, como parece, no tiene ese efecto, su planteamiento es tan fútil como todas las demás aproximaciones metaéticas a las que combate. Y seguramente de ello no se sigue que habramos de alentar al racista para que no deje de pensar lo que piensa.

CAPITULO V: Intenciones y sujetos intencionales. Las razones de la Tesis de la Intención Autoritativa

5.1 Introducción

En los dos capítulos anteriores he analizado dos aproximaciones de naturaleza conceptual sobre la determinación de (q) de nuestro inicial silogismo, y el resultado de dicho escrutinio se puede resumir en lo siguiente:

(1) El motivo que lleva a afirmar que es verdad que el significado de λ es ϕ *si al emitir λ el constituyente quiso decir ϕ* , se basa en una consideración acerca de la naturaleza intencional de la comunicación y del carácter *práctico* de la autoridad.

1.1 La intención del emisor no determina en exclusiva el significado de sus formulaciones. En ausencia de un vehículo convencional de comunicación, que un oyente forme la intención de hacer algo o piense algo a partir de la emisión de ciertos signos puede ser explicado porque el auditorio reconoce esa pretensión del proferente y ese reconocimiento es la causa de que efectivamente se induzca la respuesta buscada, de manera no fraudulenta o aviesa, por el emisor. En esos supuestos es cuando hablamos de *querer decir* o *significado ocasional* del hablante.

1.2 Este mecanismo griceano permite explicar la emergencia de convenciones lingüísticas. La comunicación es una especie del género de problemas que David Lewis denomina como 'problemas de coordinación' (en concreto, la comunicación es un problema de señalamiento). Las reglas lingüísticas

(incluyendo las semánticas) ofrecerían el instrumento que permite a los agentes involucrados en un problema tal resultar exitosos: un sistema de expectativas mutuas concordantes. Tras una primera solución de coordinación alcanzada, se va generando un conocimiento compartido sobre la idoneidad de la misma, y por tanto, con cada acción de seguimiento y consiguiente éxito, se añaden expectativas de conformidad para gobernar los problemas de señalamiento análogos que se den en el futuro. Esa regularidad (una entre varias posibles) en el comportamiento, será entonces una convención generada tácitamente. La determinación del significado de las emisiones utilizadas por los hablantes está relacionada con sus expectativas mutuas sobre las pretensiones de señalamiento generalmente vinculadas a las preferencias.

1.3 Para distinguir la fuerza del signo utilizado por un hablante (petitorio o informativo) resulta inevitable tener en cuenta la intención que el mismo tuvo al usarlo. Mandar u ordenar sinceramente es un acto de habla informal en el que están presentes la pretensión del emisor de que el oyente haga algo (intención ulterior) y la intención (interna) de que el destinatario lo tome como un mandato, es decir, como una exigencia de obediencia. Habrá un mandato u orden afortunada cuando la audiencia reconoce todas esas pretensiones (incluyendo la afirmación de *superioridad* en que se basa la obediencia) y ello es la causa de que haga lo prescrito; es decir, su juicio de deber hacer es dependiente de la formulación de la orden, o dicho de otro modo, la razón del destinatario de la orden para hacer lo requerido es independiente del contenido de dicho requerimiento.

1.4 La legislación es un acto de habla formal, en el sentido de que podemos identificar o reconocer normas jurídicas frente a deseos u ordenes privadas de la autoridad legislativa por la existencia de reglas de producción normativa. En todo caso, el rol de la pretensión del hablante-legislador no desaparece del todo, en tanto en cuanto las propias reglas que confieren poderes normativos no pueden tener carácter formal por sí mismas. Necesariamente ha de existir un primer acto de habla informal eficaz (constitución originaria), pero que, entendido como un hecho (la orden de alguien) no sirve como premisa mayor del razonamiento práctico del destinatario que acepta su autoridad. Hemos de presuponer la aceptación de una norma extrajurídica que exige cumplir lo mandado por esa primera autoridad; esto es, un genuino juicio de deber independiente de la formulación de mandato alguno.

(2) La razón para apostar porque es verdad que el significado de λ es ϕ si λ *significa ϕ de acuerdo con la mejor teoría disponible sobre la naturaleza de λ* , presupone que existe una 'naturaleza' jurídico-moral, y que el emisor con λ pretendió describirla. Se concibe por tanto la autoridad del derecho como autoridad teórica.

2.1 El realismo semántico es una visión más adecuada que las teorías ideacionales, internistas o convencionalistas sobre el significado de ciertas palabras; sobre nuestro uso de los nombres propios y de los términos de clase natural. La caracterización de los mismos como designadores rígidos se apoya en el hecho 'sociolingüístico' de nuestra práctica referencial contrafáctica, y nuestra

convicción de que el desarrollo en nuestro conocimiento sobre el mundo fenoménico, al mutar nuestras previas adscripciones intensionales, no nos permite mantener que lo anteriormente designado sigue perteneciendo a la clase natural de acuerdo con el significado entonces atribuido. Las clases naturales no son esencias nominales sino reales. La semántica de Kripke y Putnam da cuenta de ese realismo cotidiano o del sentido común; de nuestra pretensión de captación de la realidad con las palabras.

2.2 Extender la semántica realista al dominio normativo implica abrazar el cognoscitivismo metaético: las proposiciones normativas pueden ser verdaderas o falsas en función de la correspondencia con ciertos hechos (con hechos del 'mundo moral' no dependientes de nuestras opiniones, intereses y percepciones subjetivas). La discusión en torno al cognoscitivismo lo es en último término acerca del lugar de la Ética en el conocimiento. De acuerdo con la tesis de la continuidad, el análisis de los juicios morales es abordable bajo el paradigma objetivista de las ciencias naturales. De esa forma se explica de manera mejor a como lo hace el antirealismo o discontinuidismo, nuestra pretensión de objetividad que, así como en la práctica lingüística, preside nuestra actitud *qua* argumentantes morales. El fundamental escollo que el cognoscitivismo no acaba de sortear satisfactoriamente es el carácter práctico o 'magnético' de los juicios normativos, ni tampoco por qué sería relevante la asunción de hechos morales externos (independientes de nuestra actitud) para explicar las observaciones morales que hacemos. Estas no parecen resultar, como sí en el ámbito de las ciencias empíricas, evidencias en favor de las *teorías morales*.

2.3 Una explicación más modesta del rasgo de la 'objetividad pretendida' en la argumentación y juicio moral es la tesis cuasirealista o proyectivista de Simon Blackburn. Se beneficia, frente al antirealismo radical de Mackie, del no tener que demostrar una teoría del error en la que colectivamente estaríamos incurriendo al tratar de fundamentar o justificar nuestras proposiciones morales. Mackie, en el fondo, al postular que la Ética ha de indagar también en el estatuto ontológico de nuestros juicios normativos le estaría pidiendo a la Ética algo que no puede dar, y en ese sentido, compartiría una ambición de presuntuosidad con los realistas morales. *La idea rectora del proyectivismo es que nuestras evaluaciones son proyecciones de nuestros propios sentimientos y actitudes.* El cuasi realismo busca, en un nivel superior y a partir de la anterior idea, justificar la naturaleza aparentemente objetivista del desenvolvimiento de nuestra práctica argumentativa ética sin el compromiso metafísico o metaético realista.

2.4 Dicho compromiso es irrelevante. Esta afirmación puede entenderse de dos maneras diferentes. De acuerdo con la versión dworkiniana, el realismo y el antirealismo (incluyendo la forma cuasirealista de Blackburn) son perspectivas fútiles porque no consiguen modificar nuestras creencias y valoraciones morales. El antirealismo, en particular, se enfrenta a una tesis fantasmagórica: la existencia de ciertos acontecimientos que provocan causalmente dichas evaluaciones. Si nadie cree tal cosa es mejor que sigamos practicando el juego de la argumentación moral de primer nivel, dentro del que se puede constatar nuestra creencia en que nuestros juicios no son proyecciones de nuestros sentimientos; donde se comprueba que pensamos que 'la esclavitud es injusta' y que lo seguiría siendo

aunque nadie lo sostuviera. El carácter de tales proposiciones no es enjuicable desde una perspectiva externa, sino que es en sí una cuestión de carácter moral. También de naturaleza moral (y no metaética) es la conocida como paradoja de la motivación: ¿cómo es posible que los juicios morales sean entendidos como descripciones y conserven su apelación práctica? A esa pregunta no se responde de manera arquimédica o externa. El tipo de aproximación filosófica útil para sortear el dilema es aquel que nos haga modificar nuestras proposiciones éticas de primer nivel. Si no lo consigue, lo mejor que uno puede hacer es seguir creyendo lo que cree. Pero, curiosamente, una vez se han situado en el mismo nivel de discurso todas las proposiciones normativas (tanto las internas como las 'presuntamente' externas), la recomendación dworkiniana en pro de la lealtad con las propias creencias alcanzaría también a los que sostienen juicios morales que reputamos moralmente execrables.

Entiendo en cambio, que la irrelevancia del objetivismo moral tiene más que ver con la imposibilidad (al menos hasta el momento) de proponer un método de resolución del desacuerdo moral que aparezca minimamente parangonable con la falsación en el ámbito de las ciencias empíricas, que con el aniquilamiento dworkiniano de la metaética. Ninguno de los partidarios de la continuidad acierta a dar con algo parecido, y es por ello que persistir en la tesis de la corrección moral como correspondencia con 'hechos independientes' de nuestras actitudes bajo el paradigma de la ciencia no se sostiene.

Como en su momento indiqué, del edictor no sólo es posible predicar

intenciones semánticas sino también propósitos o *pretensiones de fines* con la enunciación lingüística. Ello plantea el problema de determinar cuáles de esas infinitas intenciones han de ser asignadas a la autoridad práctica y por qué razones se ha de primar una frente a las demás. Esta es la dificultad que nos ocupará a lo largo de este capítulo.

Creo que en términos generales, frente a este escollo se pueden encontrar dos tipos de estrategias argumentativas. En primer lugar, un conjunto de tesis que cabría englobar en torno al presupuesto de que ante el dilema de qué intenciones atribuir al edictor uno debe recabar en una suerte de 'intención interpretativa'⁶¹⁹ que el propio emisor hubiera podido tener acerca de cómo habrían de ser entendidas sus pretensiones en el futuro, pues en definitiva de ello depende que podamos hablar propiamente de la existencia de autoridades. Dicha aproximación se encarna en las propuestas de Joseph Raz y Larry Alexander.

La segunda posición es la defendida por Ronald Dworkin y que él mismo denomina como 'lectura moral de la constitución'. La misma surge de, por un lado, una crítica sumamente incisiva a la idea de deferencia a las intenciones interpretativas y, por otro, de un argumento de carácter lingüístico sobre la naturaleza del lenguaje constitucional.

⁶¹⁹ Vid., Dworkin, 1985, p. 52.

5.2 Las propuestas de Raz y Alexander

A la pregunta de qué pretensiones son predicables del constituyente, Bassham se ha aventurado a responder afirmando que en el caso de la Constitución norteamericana, entre las intenciones semánticas realistas y las convencionalistas, son en general estas últimas las que cabe asignarles y que, en todo caso, tanto las creencias sobre los efectos jurídicos (inmediatos o de largo alcance) como las pretensiones contrafácticas, ceden frente a las intenciones semánticas. Esta preferencia caracterizaría a la versión del originalismo que este autor entiende es la más defendible: el *originalismo moderado*⁶²⁰. ¿Pero en base a qué argumentos se da semejante prioridad? ¿Qué tipo de consideraciones apoyan que se asigne el significado convencional a las formulaciones normativas constitucionales y no el que hoy entendemos más adecuado de acuerdo con nuestras propias doctrinas ético-políticas? o dicho de otra forma ¿no resulta más bien que, precisamente con relación a la Constitución, es la tesis del 'realismo semántico' la que debe primar?

De acuerdo con la propuesta de Moore anclada en la teoría causal de la referencia de Kripke y Putnam que analizamos en el capítulo precedente, el significado que hemos de otorgar al término 'muerte' en la interpretación jurídica no es el que hubiera sido convencionalmente asignado en el momento de la edición, sino el que hoy atribuimos de acuerdo con las indicaciones de la medicina. Igualmente ocurriría, por ejemplo, si el legislador prohíbe el transporte

⁶²⁰ 1992, pp. 32, 51, 56. Opción esta que parece últimamente suscribir Michael J. Perry; vid., 1994, pp. 44-45.

de sustancias tóxicas⁶²¹. Qué sea o no sea tóxico no resulta canónicamente fijado, de una vez para siempre, en función del estado de la ciencia empírica en el momento de la promulgación, de tal suerte que la toxicidad hoy predicada de un producto otrora no considerado dañino, exige la prohibición de su transporte. Y ello además sería fidedigno con la pretensión de la autoridad normativa, pues, nos diría Moore, el legislador con el término 'tóxico' tuvo un propósito semántico no convencionalista. Pero, ¿cómo determinamos tal cosa? ¿Cabe pensar en supuestos en los que haya un conflicto genuino entre las dos pretensiones referenciales?

Considérese el siguiente ejemplo propuesto por Stephen Munzer⁶²². Un legislador del siglo pasado, preocupado por la sobrecaptura de peces, promulga una norma que prohíbe en una zona determinada todo tipo de capturas de 'peces'. Un barco cualquiera es sorprendido con sus redes repletas de delfines y una ballena. El armador alega que no ha infringido la norma pues no son peces lo que ha capturado. Parece que existen razones para que, olvidándonos de lo que hoy sabemos de biología marina, sean las creencias de nuestro antiguo legislador las que primen. Puede ocurrir que el problema sea que 'pez' no designe una clase natural de la forma que sí lo hace la palabra 'tóxico' o 'agua'; pero ello abundaría en la sospecha de que la propia semántica o interpretación de 'clase o género natural' es en sí misma controvertida: una dificultad esta que corresponde resolver a los partidarios de la semántica realista de Kripke y Putnam.

⁶²¹ El ejemplo es de Brink, 1988, p. 122.

⁶²² Vid., Munzer, 1985, pp. 468-470.

Patterson y Brink han discutido sobre un ejemplo idéntico al de Munzer (sin mencionarlo en ningún momento), para, en el caso de Patterson⁶²³ objetar la hermenéutica realista que abraza Brink en muy parecidos términos a los de Moore. En su discusión, la ley prohibitiva de la captura cuenta con una exposición de motivos en la que se declara que el propósito que anima la prohibición es prevenir la extinción de todas las formas de peces, "incluyendo los delfines y las ballenas". El problema para el realista, nos dice Patterson, es claro: la aplicación de la norma, previa asignación de significado al termino 'pez', no resulta determinada por la 'forma en que el mundo es' sino precisamente en función de una teoría semántica (por cómo el mundo era concebido entónces) que los propios realistas aducen errónea. De no hacerlo así (esto es, pasando por alto el error clasificatorio de la autoridad y por tanto no multando al armador), el precio a pagar es la frustración de su poder para regular la pesca⁶²⁴.

En su respuesta, Brink ha defendido que el realismo semántico no pretende ser "una hermenéutica comprensiva que solucione todos los supuestos; concretamente, no impide que en ocasiones se haya de recabar en las pretensiones específicas de las autoridades. O con mayor precisión, que el problema genuino es *cómo debemos describir dichos propósitos*"⁶²⁵. En todo caso, el conflicto entre significado 'de acuerdo al realismo' y propósito, que con respecto al ejemplo de la norma que prohíbe la captura de peces (incluyendo

⁶²³ Vid., 1989, pp. 178-179.

⁶²⁴ Ibid., p. 179.

⁶²⁵ Vid., Brink, 1989, p. 186, e infra 5.5.

delfines y ballenas) Patterson aduce, no se plantea realmente. En primer lugar la regla (dejando a un lado el propósito expresado en la exposición de motivos) prohíbe todo tipo de capturas y no sólo las de ciertas especies o clases. El verbo 'capturar' o 'pescar', engloba todas las especies marinas y no simplemente los peces⁶²⁶. Si la norma rezara: "La captura de peces está prohibida, incluyendo la de ballenas y delfines", habría una inconsistencia semántica, pero debemos atender al propósito genérico de la preservación de la vida marina en la zona, y por tanto multar a nuestro armador. Si por contra su texto fuera: "Se prohíbe la captura de peces", Brink entiende que la norma permite capturar delfines y ballenas. En este supuesto sí habría un conflicto genuino, que nuestro autor entiende se resuelve atendiendo, igualmente, a la pretensión más abstracta⁶²⁷.

Para Larry Alexander, en cambio, todo este es un problema falso. Es *improcedente* interrogarnos sobre la elección entre los distintos tipos de intenciones de la autoridad. En sus propias palabras, "La pregunta es, ¿qué pretendieron comunicar las autoridades que han determinado lo que debe hacerse? Y *prima facie* esto parece ser un dato acerca del mundo, y no una cuestión de elección"⁶²⁸.

Alexander ha propuesto que consideremos el asunto a partir del siguiente

⁶²⁶ El término en inglés, *fishing*, hace más gráfica la controversia semántica; Brink entiende que *fishing*-pesca o captura genérica de cualquier especie marina-y *fishing*-pesca de peces-no son sinónimos, y que el legislador habría usado el primer sentido.

⁶²⁷ Brink, 1989, pp. 186-188.

⁶²⁸ Vid., 1995, p. 368

ejemplo. En un pleno municipal, se debate la promulgación de una ordenanza que prohibirá la entrada de vehículos en el parque. Cinco concejales son los responsables de tomar la decisión. Alicia vota afirmativamente, pues le preocupa la seguridad de los peatones, especialmente la de los niños, últimamente en peligro por el gran número de coches y motocicletas que circulan por el parque. Bárbara también vota sí, pues le parece que el tránsito de vehículos afea el paraje. Carlos vota a favor. Él y otros muchos a los que representa se ven incordiados cada vez más por los patinadores imprudentes. Hubiera preferido una prohibición específica del uso de patines, pero los demás no van a estar de acuerdo. Le parece mejor prohibir los vehículos en general que no prohibir nada. David y Edith se oponen. El primero porque representa los intereses de los patinadores y de los vendedores con carrito. Entiende que con la ordenanza se satisfará a ambos, aunque a diferencia de Carlos no conoce la opinión definitiva del resto de los concejales sobre la cuestión. La segunda coquetea con el anarquismo y normalmente se opone a todo tipo de regulación más allá del mínimo para la convivencia que proporcionan las normas del derecho penal y la seguridad vial. No cree que exista un problema de seguridad en el tráfico del parque que haga necesaria la ordenanza⁶²⁹. Los efectos jurídicos pretendidos constituyen, de acuerdo a Alexander, el criterio que habrá de gobernar en el futuro la aplicación de la ordenanza. En sus propias palabras,

Lo que las autoridades quieren decir con su promulgación resulta gobernado por como ellos describirían los efectos jurídicos en cada circunstancia posible. Por ejemplo, si la formulación es como la de nuestro inicial ejemplo,

⁶²⁹ Vid., Alexander, 1995, p. 357.

*la prohibición de cierto comportamiento, su significado es lo que las autoridades dirían fueron sus efectos jurídicos pretendidos-prohibición o no prohibición- en las circunstancias en cuestión. Si Alicia, Bárbara, y Carlos-legisladores- tienen todos en mente Chevrolets azules cuando votan afirmativamente, pero de ser preguntados si la ordenanza prohibiría Fords verdes, contestarían que sí su intención contrafáctica y así el significado de su legislación es que los Fords verdes están prohibidos*⁶³⁰

Incluso si admitiéramos la posibilidad de conflicto entre las distintas *categorías o tipos de intenciones de la autoridad*, apunta Alexander que no hay razón para no indagar cuál de ellas habrían deseado las autoridades que prevaleciera. Para determinar la q de nuestro inicial silogismo [1] hemos de acudir a una (cuarta) categoría que podemos denominar 'metaintenciones' del legislador⁶³¹. Parece entonces, siguiendo con el planteamiento de Alexander, que cuando aquellas clases de pretensiones no son contradictorias, prevalece la categoría 'efectos jurídicos deseados', pero que esta puede ceder si se da una metaintención en favor de, por ejemplo, los propósitos de más largo alcance o *further intentions*. Así, como indica Alexander, las distinciones entre propósitos a *la Bassham* finalmente colapsan. No hay razón por la cual no podamos subsumir todas ellas en la categoría 'creencias o intenciones de alcance contrafáctico' (*counter-factual scope beliefs/intentions*), pues en definitiva lo que queremos saber es lo que las autoridades han determinado ha de ser el efecto jurídico de su acción⁶³².

⁶³⁰ Alexander, 1995, pp. 369-370.

⁶³¹ Ibid., p. 368 y vid., supra 2.3.1.

⁶³² Vid., Alexander, 1995, p. 369.

5.2.1 El corolario conservador de la Tesis de la Intención Autoritativa

Como ya sabemos, para Joseph Raz y Andrei Marmor una deferencia como la que propugna Larry Alexander es la condición de posibilidad de la existencia de autoridades jurídicas. De ahí surgía la que el primero de ellos llama Tesis de la Intención Autoritativa que, como tuve oportunidad de expresar a la conclusión del capítulo III, aparece, *prima facie*, como una proposición casi trivial, pues se limita a recordarnos el carácter no accidental de la legislación o mandato. El propio Marmor nos ha prevenido de que tener en cuenta la intención de la autoridad no implicará determinar el significado o contenido de las normas que emite (conclusión que para Raz caracteriza la Tesis Radical de la Intención que él no suscribe y que tuve oportunidad de analizar en el capítulo III), sino meramente considerar dicha pretensión como un elemento indispensable de individualización de aquellas frente a propuestas 'coherentistas', como las de Dworkin, que no excluyen, sino que reclaman, las consideraciones axiológicas en la empresa identificativa del material jurídico (vid., *supra* capítulo I). Dos versiones ambas del intencionalismo (la suya y la que representa la tesis radical) no implicadas lógicamente⁶³³.

Para Raz, igualmente, que el derecho sea una comunicación supone afirmar que se dan las condiciones (relajadas) que Grice describió como elementos definicionales del significado no natural con las que ya estamos familiarizados⁶³⁴.

⁶³³ Vid., Marmor, 1992, p. 105.

⁶³⁴ Vid., Raz, 1996b, p. 266. Afirma Raz que la necesidad de flexibilizar las condiciones del *analysans* de Grice deriva del hecho de que no se da en el derecho una comunicación 'cara a cara'; vid., *ibid*, p. 284, n. 18.

Los argumentos que Raz ha aportado para defender que la Tesis de la Intención Autoritativa no es trivial son los que entiendo autorizan a subsumir su propuesta bajo los mismos axiomas que la respuesta que Alexander nos sugiere frente al problema de la elección entre las distintas pretensiones del emisor. En realidad, su planteamiento puede ser visto como un refinamiento o matización a la tesis de aquél. Raz añadiría a la solución de Alexander (que como ya sabemos radicaba en acudir a la *metaintención del propio legislador o constituyente*), que dicha intención interpretativa del emisor es al tiempo el producto de las convenciones sobre la interpretación reinantes en el momento de la edición, de tal suerte que el intérprete ha de recabar en las mismas; o dicho de otra forma, *resolver el problema de la elección entre los distintos propósitos a partir de la metaintención de la autoridad es tanto como investigar la forma (convencional) en la que se interpretaba el lenguaje al tiempo de producirse la formulación normativa*⁶³⁵.

Es por ello que él mismo denomina 'interpretación conservadora' a este segundo aspecto de su Tesis de la Intención Autoritativa. Pero para que alcancemos a ver esta conclusión será necesario, aún a riesgo de recargar un tanto la exposición, recorrer los vericuetos del razonamiento que lleva a Raz a postular dicho modelo hermenéutico conservador.

La Tesis de la Intención Autoritativa no es trivial, se nos dice, porque dada la existencia de una pluralidad heterogénea de pretensiones por parte de los legisladores y existiendo en el sistema jurídico en cuestión alguna especificación

⁶³⁵ En ocasiones también Berger ha mantenido una tesis parecida cuando apuesta por recurrir no a la intención, sino al 'significado original': "El criterio interpretativo es lo que los términos significaban para quienes los usaron, y sobre ello no hay necesidad de especular"; vid., 1981, p. 98.

de que las pretensiones de más largo alcance (*further intentions*) han de ser prevalentes, la intención que caracteriza la propuesta de Raz puede ceder⁶³⁶. Esta afirmación es sorprendente, pues si mantenemos la descripción que de dicha pretensión mínima hemos dado hasta ahora, ¿suponemos entonces que el intérprete deja de considerar la formulación normativa como querida o deseada y pasa a entenderla como 'fortuita'? Pero entonces, ¿cómo podríamos cabalmente tomar como criterio los propósitos de más largo alcance que se vinculan con un acto de habla que ahora aparece como accidental?

En realidad, lo que ocurre, es que la intención que ha venido concibiendo Raz es algo más que un presupuesto conceptual de la legislación; tiene ese *carácter bifronte* al que antes he aludido. Veámoslo.

Que los intérpretes primen los objetivos más abstractos quiere decir, indica Raz, que el derecho establecido en una ley no es lo que dicha ley dice, sino lo que hubiera dicho para realizar esas otras pretensiones del legislador. Si eso es así podemos colegir entonces que en aquellos ordenamientos donde se establece la prevalencia de ese criterio hermenéutico teleológico, la Tesis de la Intención Autoritativa sí resulta vacía. Raz niega este corolario porque en ese supuesto, afirma, aunque no constituya una guía o método hermenéutico, la Tesis de la Intención Autoritativa conserva su carácter legitimador de la legislación y además impone constricciones al intérprete. Y ello de acuerdo con el siguiente argumento que, pese a su extensión, creo oportuno reproducir en su integridad:

⁶³⁶Raz, 1996b, pp. 267, 271.

*Una norma que no es interpretada como fue querida o se pretendió que fuese no puede descansar en la autoridad del legislador (al menos no puede apoyarse sólo en tal autoridad). Pero la Tesis de la Intención Autoritativa no es útil como una ayuda o método de interpretación. Sería erróneo pensar que, si la Tesis de la Intención Autoritativa tiene 'meramente' un papel legitimador y no es una ayuda para la interpretación no tiene consecuencias para la práctica hermenéutica, que la interpretación habría procedido exactamente de la misma forma caso de haber sido falsa la tesis. La tesis exige que uno entienda la legislación como significando lo que el legislador dijo. Lo que el legislador dijo es lo que sus palabras significan, dadas las circunstancias de la promulgación y la legislación, y las convenciones de interpretación prevalentes en ese momento. Pero decir que la legislación tiene ese significado es imponer una restricción severa en ella. No cualquier interpretación concebible cumpliría esta condición. Muchas teorías hermenéuticas son inconsistentes con esa guía interpretativa. Al mismo tiempo es verdad que la Tesis de la Intención Autoritativa no es en sí misma un método interpretativo. Más bien indica a los tribunales **que acudan a las convenciones de interpretación prevalentes en el momento de la legislación**⁶³⁷*

Por tanto, la Tesis de la Intención Autoritativa engloba dos subtesis. La consideración conceptual mínima (que ya conocemos) y una apuesta por la interpretación que, de acuerdo con la propia estipulación de Raz, tiene carácter 'conservador': el significado de las palabras no viene determinado por las convenciones lingüísticas presentes en el momento de la interpretación (como entendería el convencionalismo, 'a secas') sino por las que gobernaban el uso del lenguaje y la interpretación del mismo cuando la norma fue establecida⁶³⁸. Esta es una propuesta cuando menos sorprendente, que el propio autor que vengo glosando ha mitigado en su alcance para, a mi entender, devolver entonces a la trivialidad la versión intencionalista que defiende⁶³⁹.

⁶³⁷Vid., Raz, 1996b, p. 271 (comillas del autor).

⁶³⁸Ibid., pp. 252-253, 280. El carácter bifronte de la Tesis de la Intención Autoritativa es ilustrado por Raz mediante el siguiente brocardo: "La intención legitima pero las convenciones interpretan"; id, p. 280 (convenciones del pasado, habría que añadir).

⁶³⁹Últimamente, Raz ha defendido la interpretación conservadora, en aras a la continuidad y obligatoriedad del derecho procedente de autoridades ya no existentes; vid., 1996a, p. 360.

De acuerdo con la propuesta de Raz, tal y como ha sido descrita hasta ahora, habríamos de deferir a las intenciones interpretativas en todo caso. Pero él mismo se plantea que esto puede ser contraintuitivo si es que las mismas tuvieran carácter sectario o extravagante. En realidad, nos dice, tal intención (que el legislador quiera ver sus preferencias interpretadas de forma determinada en el futuro) no puede tenerse por parte de la autoridad. Uno no puede querer o pretender, afirma Raz, lo que uno sabe que no pasará⁶⁴⁰. Raz insinúa con ello que el legislador es capaz de anticipar los futuros usos interpretativos que se desplegarán en relación a sus enunciados y que actúa con ese dato; pero entonces ¿por qué en tal caso el legislador que anticipa la interpretación que en el futuro acontecerá, no *asegura* la que él mismo desea? ¿No sería posible que lo hiciera mediante, por ejemplo, la explicitación de la intención interpretativa?

Raz apunta que de esa forma no se garantiza el resultado apetecido pues también la *expresión* de esa pretensión interpretativa será a su vez interpretada de acuerdo con las convenciones hermenéuticas en ese momento reinantes. La idea rezaría algo así: el legislador sabe que el criterio hermenéutico para interpretar sus preferencias es la deferencia a las *convenciones interpretativas* (no su propia preferencia sobre cómo han de ser interpretadas) en el momento en que las emite. Si estas no autorizan un entendimiento sectario (o de acuerdo a sus deseos), no puede querer algo que sabe no acontecerá.

Podríamos ilustrarlo de la siguiente forma. Un legislador L establece una norma N en t_0 que reza: 'Todos tienen derecho a la vida'. Supongamos que

⁶⁴⁰Vid., Raz, 1996b, pp. 268-269.

internamente pretende que esa provisión alcance también a los concebidos pero no nacidos, pero sabe que en t_0 la interpretación prevalente del término 'todos' es, I_0 : 'los fetos nacidos con figura humana que han sobrevivido las primeras veinticuatro horas enteramente desprendidos del seno materno' y que en el futuro cuando haya de ser aplicada, el criterio interpretativo I_1 será el que postula Raz en consonancia con la Tesis de la Intención Autoritativa (deferencia a las convenciones interpretativas en t_0 , es decir a I_0). De acuerdo con Raz, sería inútil para L manifestar expresamente, P_0 : 'pretendo que el término 'todos' sea interpretado de forma tal que incluya a los concebidos pero no nacidos' pues esta misma intención será interpretada según I_0 , ya que "el contenido de toda intención-afirma Raz-es aquél que tiene cuando se interpreta en referencia a las convenciones sobre la interpretación de tales actos expresivos en aquel momento. Y este es el caso incluso en relación con la intención que, una vez expresada, cambia dichas convenciones"⁶⁴¹.

Normalmente, insiste Raz, uno quiere decir lo que dice (aunque ciertamente en el lenguaje ordinario hay muchos supuestos en los que el significado convencional y del hablante difieren, si bien eso es lo excepcional). Más aun en el caso del Derecho, en tanto en cuanto el objetivo es guiar las conductas de los destinatarios: cualquier teoría plausible de la autoridad jurídica incentiva la demarcación clara y predecible de lo que se requiere y no se requiere de aquellos (vid. supra Lewis, 3.1.2.), y la producción legislativa es institucionalizada de forma tal que se minimizan los malentendidos⁶⁴².

⁶⁴¹Raz, 1996b, p. 269.

⁶⁴²Vid., Raz, 1996b, pp. 269-270.

De toda la compleja exposición del planteamiento de Raz y Alexander hecha hasta el momento, me interesa especialmente destacar dos premisas. A partir de su consideración crítica abonaremos el terreno para introducir la propuesta dworkiniana.

La primera es la afirmación de Raz según la cual, cuando un intérprete prima los propósitos más genéricos perseguidos por la autoridad, ello supone entender que el derecho establecido en una ley *no es lo que dicha ley dice, sino lo que hubiera dicho para realizar esas otras pretensiones*. La segunda es la tesis (compartida por Raz y Alexander), que podemos denominar de la 'metaintención interpretativa' (tomada en cualquiera de las dos versiones que ambos mantienen y que anteriormente he descrito).

(i) A partir de la primera consideración, y refiriéndose en concreto a la interpretación y aplicación de la Constitución norteamericana, Stephen Kay ha argumentado que no se ha de exigir al juez constitucional el descubrimiento en abstracto de pretensiones, sino que intente responder si en el caso en cuestión que haya de dilucidar (por ejemplo la posible vulneración de la octava enmienda que prohíbe la inflicción de castigos crueles e inusuales-*cruel and unusual punishments*), dadas las intenciones originales de los constituyentes, una concreta pena establecida por un Estado viola o no dicha norma, y no tanto especificar qué propósito animó a los constituyentes al establecerla.

La ventaja de esta solución, nos dice, es que la alternativa en juego es

binaria⁶⁴³. Se trataría, por tanto, de concebir a esas intenciones originales como ejemplos concretos de, siguiendo con la octava enmienda, correctivos que para los constituyentes sí habrían caído bajo la órbita de aplicación de la cláusula (o Chevrolets azules en el supuesto de la ordenanza municipal antes mencionado; lo que se conoce como *intended exemplars*⁶⁴⁴). Y en el supuesto de que esos casos paradigmáticos no consten, recurrir a la formulación de una pregunta de carácter contrafáctico: ¿qué habrían hecho los constituyentes de haberlos considerado?⁶⁴⁵

Pero, ¿qué quiere decir 'habrían hecho'? Con la 'acción' que hipotéticamente nos planteamos hubiera podido ser realizada, podemos estar refiriéndonos a dos cosas distintas. En esa línea, Redish y Chung⁶⁴⁶ han distinguido entre un modelo de interpretación 'arqueológico'⁶⁴⁷ y otro 'hipotético'. De

⁶⁴³ Vid., Kay, 1988, pp. 243-244 e igualmente Maltz, 1987 a), p. 49.

⁶⁴⁴ Brest los califica como *subjective exemplary applications of the rule*; vid., 1980, p. 210; e igualmente Gibbons, 1991, pp. 629-630. Encontrar el 'supuesto pensado' que con mayor posibilidad cabe afirmar que los constituyentes tuvieron en mente a la hora de la promulgación, es la premisa sobre la que gira todo el esfuerzo de documentación histórica desplegado por Raoul Berger para demostrar que los proponentes de las enmiendas de la Reconstrucción (1868) no pensaron que la aplicación de la decimocuarta enmienda (*igual protección de las leyes*) fuera a llevar a la igualdad política y a la prohibición de las prácticas segregacionistas; vid., 1977, especialmente, pp. 10-20, 54, 128, 168-169, 199, y 202-206. Recientemente, un trabajo de Michael W. McConnell avanza, también con ingente uso de fuentes documentales, la conclusión contraria en lo que a la segunda cuestión se refiere; vid., 1995, pp. 947-1140.

⁶⁴⁵ Vid., Win-Chiat Lee, 1989, pp. 394-395. En realidad la pregunta contrafáctica no se evita incluso si el ejemplo paradigmático que las autoridades tenían presente consta de alguna forma. Seguiría siendo necesario si queremos extender la aplicación por analogía a un nuevo caso, o bien para resolver, como indica Alexander, el posible conflicto o incompatibilidad entre las distintas categorías o clases de intenciones del emisor.

⁶⁴⁶ Vid., 1994, pp. 813-814.

⁶⁴⁷ El término se debe a Aleinikoff; vid., 1988, pp. 20-66. Este autor distingue entre dos modelos de interpretación del derecho legislado (*statutory law*): uno que denomina 'arqueológico' (el significado es 'grabado en piedra' en el momento de aprobación de la norma, siendo misión del aplicador descubrirlo y reconstruirlo) y otro que llama 'nautico' (*nautical*). En este último caso, el legislador no controla totalmente su creación, sino que esta, al modo de la metáfora neurathiana, es vista como un producto en continua redefinición; vid., p. 21. Mientras que el primer modelo sería el propio del que pretende mantener una actitud de autorestricción y deferencia, el segundo tendría al intérprete como implementador de los propósitos implícitos corrigiendo, cuando sea el caso, lo que determinó el legislador en función de las

acuerdo con el primero, se trata de preguntar al legislador como habría *decidido* él el caso en concreto que al juez se le plantea⁶⁴⁸; en función del segundo, se inquires como habría actuado, esto es, de qué otra forma habría *legislado*.

Se trata, evidentemente, de dos ordenes de preguntas distintas con divergentes implicaciones en el entendimiento de lo que es el derecho. En el primer caso (modelo arqueológico), subyace una concepción imperativista estricta, de la que emana la práctica relegación (a un papel casi innecesario) del poder judicial: el juez constitucional no es sólo la boca de la Constitución; es en todo caso *la boca del constituyente*.

En cuanto al modelo hipotético, son varias las dificultades que se plantean. En primer lugar la sospecha de su *futilidad*, en tanto en cuanto de poco le puede servir al aplicador encontrar una respuesta a la inquisición de cómo habría legislado o que otra formulación normativa constitucional hubiera emitido el constituyente si hubiera considerado las circunstancias que se le presentan al intérprete.

Pero, además, la plausibilidad del planteamiento de indagación hipotética

necesidades de adecuación de la norma a las nuevas circunstancias ; vid., pp. 35-36. Los intérpretes no son constatadores o historiadores, como en el modelo arqueológico, sino 'creadores de significado'; vid., p. 57. La aproximación de Aleinikoff tiene un aire de parecido de familia con la interpretación 'dinámica' postulada por William Eskridge; vid., 1987, pp. 1479, 1484, 1488. La distinción entre intencionalismo (la tarea es recuperar el significado pretendido o *intended meaning*) y 'propositivismo' (*purposivism*) en el ámbito del derecho legislado, fue introducida por James Landis en 1930; vid., 1930, pp. 886-893, artículo en el que contestaba a Max Radin (vid., supra nota 213). Vid., al respecto, Gerald C. MacCallum, Jr., 1966, pp. 754-787 y Reed Dickerson, 1975, pp. 224-225.

⁶⁴⁸ Lo que Posner, en referencia a la interpretación de las leyes-*statutes*-denomina interpretación basada en una 'reconstrucción imaginativa' (*imaginative reconstruction*): "El juez en su proceso reflexivo debe tratar de introducirse, en la mejor manera que pueda, en las mentes de los legisladores, e imaginar como ellos hubieran querido que se aplicara la ley en el caso en cuestión"; vid., 1988, p. 817.

depende, efectivamente, de que se pueda asegurar una respuesta a la proposición contrafáctica; que se pueda afirmar, en definitiva, *que hubiera podido ser otro el caso* (que el constituyente habría redactado otras cláusulas distintas si hubiera dispuesto de los datos que en el momento de implementarse su formulación lingüística provocan la incertidumbre).

Existen dos razones que nos permiten dudar de la posibilidad de afirmar dicho contrafáctico o, a *sensu contrario*, que autorizan a negar que hubiera podido ser otro el caso. Una primera que tiene que ver con la naturaleza o carácter propio de la actividad regulativa (que es también la que representa, obviamente, la promulgación de una Constitución). La segunda se basa en consideraciones de orden lógico. Las veremos en orden inverso.

5.3 Proposiciones contrafácticas y facticidad de las intenciones

¿Cabe afirmar la veracidad de consideraciones tales como: "si los constituyentes hubieran conocido la aplicación de descargas eléctricas para causar la muerte habrían prohibido expresamente en la Constitución dicha práctica" u otras similares conjeturas? Alexander, de manera un tanto confusa, se ha referido a este problema como el de la determinación de si hay algún hecho (*fact of the matter*) en la adscripción de intenciones a la autoridad. Esto es, la de si cabe distinguir entre el alcance contrafáctico de las intenciones o creencias y (desde nuestra perspectiva), las intenciones o creencias *correctas*, de tal forma que podamos diferenciar entre lo que las autoridades *determinaron* con respecto a una situación fáctica no percibida en el momento de comunicar lo que debe hacerse, y lo que *debieron haber determinado* con respecto a dicha situación, y si la distinción puede hacerse por la presencia de ciertos *hechos* o si por contra, es una *norma o canon interpretativo* lo que en realidad resuelve la cuestión⁶⁴⁹.

La posición escéptica entendería que la pregunta '¿qué habría pretendido la autoridad en relación con la situación S no advertida, de haberla tenido en cuenta?' no tiene una única respuesta, en tanto en cuanto lo que habría determinado en relación a S, de haberlo considerado, depende de lo que hubiera creído acerca de S. Y puesto que lo que se hubiera creído puede ser cualquier cosa (desde cosas que *nosotros* creemos, hasta otras muy diferentes) no hay dato alguno que nos permita dilucidar lo que se habría decidido⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹Vid., Alexander, 1995, pp. 371, 376-378.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 378. Entre quienes se han manifestado, a partir de una posición escéptica, en contra del recurso a las intenciones contrafácticas, Andrei Marmor; vid., 1992, pp. 169-170.

La posición escéptica podría apoyarse, en definitiva, en las dificultades que filósofos de la lógica y de la ciencia como Nelson Goodman y Roderick Chisholm entre otros, advirtieron acerca de la predicación o determinación de las condiciones de verdad de los enunciados contrarios a los hechos. Se trata, en general, de la paradoja de la implicación material⁶⁵¹: la definición del condicional ' $p \supset q$ ' (si p entonces q) es que es verdadero si y sólo si ' p ' es falso o ' q ' es verdadero. Es decir que independientemente del valor de verdad del consecuente si el antecedente es falso el condicional es verdadero⁶⁵². Como, por definición, el antecedente de un enunciado contrafáctico es falso, cabe decir que, por usar el ejemplo de Goodman, 'si este trozo de mantequilla se hubiera calentado hasta alcanzar los 59°, se habría derretido' es tan verdadero como lo contrario: 'si este trozo de mantequilla se hubiera calentado hasta alcanzar los 59°, no se habría derretido'.

De acuerdo con Goodman son dos las dificultades fundamentales de las proposiciones contrafácticas: la determinación de las condiciones relevantes del antecedente (que permitan afirmar la conexión entre éste y el consecuente que hagan así al enunciado verdadero) y la definición de las leyes (físicas o causales) sobre las que haya de sustentarse dicha conexión⁶⁵³. Con respecto a la primera,

⁶⁵¹Vid., Roderick Chisholm, 1946, pp. 289-307, y Nelson Goodman, 1947, pp. 113-114. Pap asimismo considera los contrafácticos como enunciados condicionales; vid., 1958, p. 424.

⁶⁵²Supongamos la proposición en presente de indicativo: "si Estados Unidos lanza la bomba atómica sobre Hiroshima, la segunda guerra mundial se acaba". Esta proposición es falsa si y sólo si resulta que Estados Unidos lanza la bomba atómica y la guerra no se acaba; es decir cuando el antecedente es verdadero y el consecuente falso. Aplicando la regla de la negación, la proposición será verdadera en todos los demás casos. Como ha resaltado Robert Stalnaker, este análisis en términos de función de verdad arroja la sorprendente conclusión de que aunque creamos firmemente que Estados Unidos no va a lanzar la bomba atómica se sigue la verdad de la proposición condicional; vid., 1991, pp.30- 31.

⁶⁵³Goodman, 1947, p. 116.

parecería sensato afirmar que el consecuente se sigue del antecedente más un conjunto -C- de todas las proposiciones verdaderas dadas por el estado real de cosas en el mundo: $(C \vee p) \rightarrow q$ (volviendo al ejemplo, que la mantequilla se encuentra a temperatura ambiente, que se dispone de una cantidad pequeña de ella etc...). La 'afirmabilidad' del contrafáctico, y no tanto su valor de verdad, es dependiente del tipo de conexión que quepa establecerse entre antecedente y consecuente⁶⁵⁴. El problema es que dentro de ese conjunto de proposiciones se encuentra la negación del propio antecedente, con lo cual cualquier conclusión se sigue y estamos de nuevo en el principio (no hay posibilidad de distinguir entre contrafácticos verdaderos y falsos). El propio Goodman anticipó esta dificultad, sugiriendo que la solución radicaba en dilucidar las condiciones de 'cotenabilidad' de $C \vee p$ (él mismo reconoció que no era capaz de determinar dichos requisitos y el vicio de circularidad o de regreso al infinito en el que se veía inmerso al intentarlo: la determinación de si hay un C cotenable con p lleva a analizar si el contrafáctico 'si p fuera verdad, C no sería verdad' es en sí mismo cierto; la cotenabilidad se define en terminos de enunciados contrafácticos y estos en función de la presencia o no de cotenabilidad⁶⁵⁵).

Con el objetivo de salir del atolladero teórico en el que Goodman y otros parecieron haber dejado el análisis de los contrafácticos, en los últimos años se han desarrollado por parte de Jon Elster y David Lewis dos nuevas aproximaciones a la cuestión: han sido denominadas respectivamente tesis 'metalingüística' y

⁶⁵⁴Esta aproximación, mantenida por Jon Elster y que será descrita a continuación, ha sido denominada por Lewis 'metalingüística'; vid., 1973. Bennett en cambio la ha etiquetado como 'teoría de la consecuencia' (*consequence theory*); vid., 1974, p. 386: "La teoría de la consecuencia viene a decir algo así: $P \rightarrow Q$ es verdadero si y sólo si Q es derivable de P según una ley (*law-derivable from P*) junto con premisas verdaderas que son conjuntamente cotenables con P" (*ibid*, 390).

⁶⁵⁵Goodman, 1947, p.121.

'ontológica' sobre los enunciados contrarios a los hechos. Se trata de dos posturas diferentes acerca de la concepción de las condiciones de cotenabilidad del antecedente, cuestión esta en la que parecen concentrarse todas las dificultades. Sin poder pormenorizar en su descripción, pues ni el objeto de este trabajo ni mi competencia para ello lo permiten, ilustraré someramente ambas propuestas y la que entiendo es su debilidad fundamental en ambos casos, para así percatarnos mejor del escollo al que Alexander alude con la noción de 'facticidad de las intenciones'.

Jon Elster, al analizar las peculiaridades de los enunciados contrafácticos en el uso que de los mismos se hace por parte de los historiadores, ha argüido que ese conjunto C de afirmaciones que junto con el antecedente hace verdadero al consecuente ha de apoyarse en una teoría tal que nos permita afirmar no solamente la conclusión explicitada en la proposición sino también la propia admisión del antecedente⁶⁵⁶. El ejemplo que pone el autor es ilustrativo a este respecto. Considérense las dos siguientes oraciones: (1) Nixon tenía el poder para terminar la guerra de Vietnam, por lo tanto la guerra de Vietnam podría haber seguido de haberlo querido Nixon y (2) De Gaulle tenía el poder para proteger la independencia de Francia, por lo tanto Francia hubiera perdido su independencia si De Gaulle lo hubiera querido. Elster considera legítimo el consecuente de (1) pues no hay nada inherentemente improvable, *por lo que sabemos*, en la idea de que Nixon quisiera que la guerra de Vietnam continuara. En cambio parece absurdo

⁶⁵⁶Evito entrar en la descripción de las complejas características que según el autor han de tener los aspectos dinámico y estático de la mencionada teoría; vid., 1994, pp. 227-230. Basta decir que la noción de legitimidad dinámica que permite transitar del antecedente al consecuente se basa según aquel en la siguiente definición: "[u]n estado s_i es posible en relación a s_j si en la historia pasada de s_j hubiera un estado s_{i1} tal que hubiera una trayectoria permitida de s_{i1} a s_i "; es decir si hubiera algún punto de ramificación a partir del cual el proceso pudiera divergir hacia s_i o s_i' " (ibid, p. 236).

admitir que De Gaulle pudiera haber deseado que Francia perdiera su independencia, pues si se admitiera tal cosa (un mundo en el que De Gaulle fuera la clase de persona que hubiera podido desear que Francia dejara de ser independiente), ese De Gaulle no hubiera tenido ningún poder, pues precisamente éste residía en que no era ese tipo de persona (alguien que deseara aquella consecuencia para su país⁶⁵⁷).

Lewis ha apuntado certeramente la dificultad insuperable que ha de salvar el planteamiento elsteriano: en la determinación de las condiciones de compatibilidad del conjunto de proposiciones que junto con el antecedente harían afirmable el consecuente nos basamos en nuestro conocimiento presente (volviendo al ejemplo de Elster, como fue De Gaulle) el cual se apoya en un pasado que ha sido el determinante de la situación actual pero al que se toma como desligado de ésta (y ello implica incurrir en circularidad); en sus propias palabras,

Frecuentemente, sin duda, parece que razonamos de una forma que toma como incontrovertible que el pasado es contrafacticamente independiente del presente: esto es, que incluso si el presente fuera diferente, el pasado sería tal y como realmente es. Al razonar a partir de una suposición contrafáctica, utilizamos premisas auxiliares derivadas de (lo que entendemos) nuestro conocimiento fáctico. Pero no cualquier cosa que sabemos puede ser usada, puesto que algunas verdades no lo serían bajo la suposición dada⁶⁵⁸

La solución radica según este autor en una aproximación diferente,

El correcto análisis general de los contrafácticos es, en mi opinión, el que está basado en la similitud comparativa de mundos posibles. Aproximativamente, un contrafáctico es verdadero si todo mundo que hace

⁶⁵⁷Elster, 1994, pp. 230-231.

⁶⁵⁸Lewis, 1991, p. 47; Lewis denomina *back-tracking* a estrategias como la de Elster.

*el antecedente verdadero sin un alejamiento gratuito de la realidad, es un mundo que hace también verdadero el consecuente, ¡Un contrafáctico 'si fuera A entonces sería C' es verdadero (no vacuamente) si y sólo si algún mundo (accesible) en el que tanto A como C son verdaderos es, globalmente, más similar a nuestro mundo real que cualquier otro en el que A es verdadero pero C es falso*⁶⁵⁹

Ahora bien, ¿cómo hemos de medir las similitudes? ¿Qué criterios son los más adecuados para establecer esa relación de accesibilidad y semejanza de los mundos posibles con el real?⁶⁶⁰ La noción central a la que Lewis recurre es la de 'pequeño milagro', la cual es ilustrada con el siguiente ejemplo: supongamos la afirmación contrafáctica, 'si la ruleta hubiera parado en rojo en el tiempo t...'. Hay dos mundos posibles a ser comparados igualmente deterministas: (j) mundo indistinguible del real hasta t-1; entonces se produce un 'pequeño milagro' y la ruleta para en rojo; el curso causal sigue, y j diverge progresivamente de nuestro mundo; (k) es como j hasta t (incluyendo el pequeño milagro en t-1); entonces en t+1 se produce un 'gran milagro' que hace borrarse los rastros de que la ruleta se ha parado en rojo en t dejando indemne el curso causal de eventos que habrían ocurrido normalmente (sin milagro) si la ruleta hubiera parado en negro; de ahí en adelante k es indistinguible de nuestro mundo. La teoría de Lewis es que j es globalmente más similar a nuestro mundo que k⁶⁶¹. Cabría preguntarse

⁶⁵⁹Lewis, 1991, p. 56 (vid., también en 1973, entre otras pp. 84-86). Creswell también apuesta por la tesis ontológica como condición de posibilidad de la lógica modal; vid., 1988, pp. 7-11. Asimismo Robert Stalnaker, para quien cabe pensar que una proposición condicional es verdadera aunque uno considere antecedente y consecuente como no vinculados; es decir que la presencia de una conexión no es condición necesaria para la verdad de un condicional. Stalnaker entiende así que de lo que se trata es de 'añadir' hipotéticamente al conjunto de creencias el antecedente y considerar si el consecuente es verdadero. Cuando se sabe que el antecedente es falso, hay que hacer reajustes. La transición de condiciones de creencia a condiciones de verdad se hace para este autor a través de la noción de mundo posible (pues es el análogo ontológico de un 'stock' de creencias hipotéticas), con la condición de que dicho mundo difiera minimamente con respecto al mundo real; vid., 1991, pp. 31-35).

⁶⁶⁰El propio Lewis reconoce que esta es de carácter vago y dependiente del contexto; vid., 1991, p. 69.

legítimamente el por qué de esta conclusión.⁶⁶² Lo que la teoría de Lewis sobre la comparabilidad parece implicar es que lo más importante una vez introducido el cambio hipotético (pequeño milagro) en el curso causal es que tras éste se produzca la divergencia que se habría producido en nuestro mundo, aun a costa de sacrificar lo que intuitivamente consideraríamos mayor similitud (o sea que, debido a un segundo 'milagro', haya convergencia del mundo posible con el real)⁶⁶³. Ahora bien, ¿no resulta finalmente también en el caso de Lewis, que la similitud la establecemos desde la atalaya del mundo real que ha devenido determinado por las condiciones pretéritas? ¿No cabría hacerle el mismo reproche que él dirigía a Elster, pues finalmente lo que sea o no pequeño milagro está en función de lo que hoy sabemos?

Es decir, si Elster había pasado por alto el hecho de que cuando *filtramos* posibilidades acaecibles lo hacemos desde un punto de vista que es producto del pasado, Lewis mismo habría cometido el mismo pecado al acudir a la noción de pequeño cambio o milagro, pues que sea *pequeño* o *grande* es algo que hoy juzgamos a partir de como han transcurrido las cosas⁶⁶⁴. En el fondo, si nos fijamos

⁶⁶¹Lewis, 1973, pp. 75-76.

⁶⁶²Bennett también considera esta conclusión sorprendente; vid., 1974, p. 394.

⁶⁶³Como el mismo indica, "[l]os mundos sin segundo milagro ni divergencia han de considerarse más cercanos, puesto que ciertamente pienso que es verdad... que si la ruleta hubiera parado en rojo en el tiempo *t*, todo tipo de hechos particulares sucesivos habrían sido distintos de lo que son en *i*. La parada en rojo tendría multitud de rastros y consecuencias desde ese momento en adelante"; vid., 1973, p. 76.

⁶⁶⁴La distinción que el propio Lewis establece es claramente insatisfactoria: lo que hace de un milagro un gran milagro es que es divisible en pequeños milagros (no tanto el hecho de que excepcion una ley causal-natural considerada mas fundamental; vid., 1991, p. 72). Tanto el planteamiento de Lewis como el de Elster adolecerían de la misma dificultad que se asocia a la conocida como 'inducción retroactiva', y que el segundo ilustra con el siguiente ejemplo. Supongamos un juego con dos participantes y el siguiente esquema:

I ~	II ~	I ~	(0,3)
(1,0)	(0,2)	(3,0)	

en el planteamiento de Lewis, lo que ha de primar por encima de todo es la conformidad de los cambios en los estados de cosas con las leyes causales tal y como las conocemos, y no tanto la semejanza. El mundo en el que no se ha producido el segundo cambio resultará sin duda más disímil que el nuestro, pero a partir de *t* habrá seguido siendo gobernado por leyes físicas como las de nuestro mundo real. O si se quiere, para ser más precisos, la similitud se mide en función del cumplimiento del mayor número de leyes de la naturaleza de nuestro mundo, y en ese sentido, se puede decir que no hemos avanzado nada del punto en el que Goodman dejó las cosas planteadas⁶⁶⁵.

Pero lo cierto es, con todo, que prescindir absolutamente de las

Los dos participantes (I y II) son racionales y conocen la racionalidad del otro contrincante (y a su vez conocen que este la conoce etc...): La naturaleza del juego es mutuamente sabida. El jugador que empieza tiene dos opciones: descender y con ello poner fin al juego con lo cual se embolsa una unidad y el segundo jugador ninguna, o avanzar hasta la siguiente casilla. Entonces el turno corresponde al jugador II, al que se le abren las dos mismas alternativas (descender y ganar en este caso dos unidades y I nada, o bien avanzar hasta la siguiente y así sucesivamente). Parece evidente cual será el desenlace del juego: el primer jugador descenderá y pondrá fin al mismo. Y ese proceder se justifica a partir de un razonamiento basado en lo que los teóricos de la economía denominan 'inducción retroactiva'. El primer jugador al comenzar el juego lo contempla situándose en el último nodo del diagrama. Lógicamente en ese punto preferirá descender y acabar la partida, pero como sabe que el contrincante es racional (lo cual implica también que este anticipará lo que el otro haría en el tercer nodo), piensa que este habría hecho lo mismo en el segundo turno. De tal forma que la evitación de esa posibilidad para el no satisfactoria, pasa por concluir el juego en la primera oportunidad. El razonamiento es impecable, pero, la pregunta, también obvia: ¿cómo es posible entonces pretender contemplar el juego desde el tercer escalón? Es decir, no cabe vaticinar que el primer jugador descenderá en el último turno del diagrama con el apoyo de una racionalidad que le previene llegar hasta allí. Como en el caso de los antecedentes de las formulaciones contrafácticas, alguna de las condiciones dadas en la descripción de la situación han de ser revisadas; vid., 1994, pp. 21-23.

⁶⁶⁵ Bennet, 1974, pp. 397-402. De acuerdo con éste, la diferencia entonces entre las aproximaciones metalingüística y ontológica radicaría en el procedimiento de establecer esas condiciones-conjunto de proposiciones-que junto con *P* hacen verdadero el consecuente. La estrategia en la tesis de las consecuencias (metalingüística) es que se empieza con *P* en el tiempo *t* y se van añadiendo conjunciones de verdades. En algún momento uno se arrepiente de alguna de esas adiciones y las elimina; un proceso que Bennett denomina *cautious lengthening of a conjunction*. En la teoría residual de mundos posibles (una vez depurada con las objeciones hechas a Lewis) también se trata de construir una *P-containing conjunction* sujeta a ciertas constricciones de las cuales se deriva *Q*; no aumentando gradualmente la conjunción añadiendo verdades, sino modificando repetidamente una conjunción reemplazando algunas de las verdades con sus negaciones. Se va uno moviendo entonces de mundos que incluyen a *P* hacia mundos más distintos al nuestro (ibid).

proposiciones contrarias a los hechos, de los enunciados condicionales, tiene repercusiones no desdeñables para nuestra comprensión del mundo: la explicación causal de los fenómenos presupone la afirmabilidad o falsabilidad de aquellos enunciados⁶⁶⁶.

Admitamos, siquiera sea para seguir explorando el argumento, que también en nuestro caso la determinación de lo que pudo haber sido el caso con respecto a la regulación de una determinada conducta (el establecimiento de cierta regla), puede recibir una respuesta con valor de verdad o falsedad. ¿Existe, como en el dominio de las ciencias empíricas, alguna suerte de ley natural (algo así es lo que parece estar pidiendo Alexander cuando alude a un *fact of the matter*) que nos permita verificar o falsar la inferencia contrafáctica? Aparte de la que, me parece, dificultad suprema que resulta de la inabarcable cantidad de información y conocimiento (desde luego no disponible por el momento) sobre los procesos históricos y sico-sociológicos que se precisarían para responder con mínima solvencia al interrogante sobre cambios de voluntad y cursos de acción de sujetos en el pasado⁶⁶⁷, la propia posibilidad de que el instrumento de test de proposiciones contrafácticas pueda ser usado con todas sus consecuencias por los intérpretes, coloca un obstáculo de carácter conceptual muy difícilmente digerible para el intencionalismo, dadas sus propias premisas y objetivos.

⁶⁶⁶ Como indica E.D. Hirsch, Jr., las leyes naturales pueden entenderse como predicciones contrafácticas, 1988, p. 63.

⁶⁶⁷ De ahí que Jefferson Powell haya afirmado: "Como historiadores no podemos confirmar o desmentir que los constituyentes habrían adoptado la posición que creemos se deriva de sus otras visiones, de haber sido compelidos a plantearse la cuestión con la que estamos concernidos. No se vieron así forzados, y, como resultado, nuestra interpretación inferencial inevitablemente queda lejos incluso de la relativa certeza que puede obtener la mejor investigación histórica"; vid., 1987, p. 671.

Con respecto a lo primero, hemos de tener presente que es concebible una respuesta afirmativa al contrafáctico que se refiera no sólo a instancias de aplicación (no contempladas) de una norma promulgada, sino también a una no promulgada en absoluto (imaginaria), pero de la que, quizá, pudiéramos pensar lo habría sido, de haber tenido en cuenta el legislador determinados datos; ¿podríamos usar tal norma imaginaria como derecho *válido* para resolver casos?⁶⁶⁸, pues en definitiva, ¿qué diferencia habría, en ese supuesto, con la aplicación que practica el juez de una formulación normativa (no imaginaria) interpretada siguiendo el test de contrafácticos?⁶⁶⁹

⁶⁶⁸Vid., Win-Chiat Lee, 1989, p. 398.

⁶⁶⁹Lee apunta que si afirmamos que la diferencia radica en que en el segundo supuesto (promulgación efectiva) la formulación ha sido ya interpretada (es decir, llegamos a la conclusión de que el caso que tenemos que resolver no está contemplado, y ello como paso previo a la aplicación del test), en realidad este último se torna innecesario; vid., 1989, pp. 398-399.

5.4 El carácter general de la regulación. La aproximación de Frederick Schauer

La segunda razón que nos permite objetar el modelo de reconstrucción o interpretación hipotética se basa en que no explica satisfactoriamente de qué forma hubiera podido ser otro el caso en un sentido más amplio del que hasta el momento hemos analizado (que se ha ceñido a la posibilidad de predicar condiciones de verdad de las proposiciones contrarias a los hechos). La indagación hipotética renunciaría a tomar en su justa consideración las específicas limitaciones, peculiaridades, y también virtudes, que la actividad de dictar reglas de carácter general lleva aparejada. Aún a riesgo de recargar un tanto el análisis, me parece que en este punto resulta especialmente oportuno detenerme en las lúcidas observaciones que Frederick Schauer ha hecho al respecto, y ello además con el objetivo de presentar algunos instrumentos conceptuales de los que haré uso en el capítulo VI.

5.4.1 Generalizaciones, reglas y modelos de decisión

La actividad explicativa o descriptiva de los estados de cosas, así como la regulación de conductas en que se resume (*grosso modo*) la tarea legisladora, implica necesariamente la selección de objetos y particulares que pueden pertenecer a muy distintas categorías, sin que entre estas se dé una ordenación basada en la prioridad lógica, sino más bien intersecciones o solapamientos.

Las generalizaciones son inclusiones selectivas de particulares pero también, por esa misma razón, exclusiones selectivas. El ámbito de aplicación de la regla prescriptiva (su predicado fáctico), como generalización o categorización, nunca

es por esa razón exhaustiva en relación a lo que Schauer denomina *justificación* de la regla⁶⁷⁰: "El predicado fáctico de la regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante en relación con algún objetivo que se pretende lograr o algún mal que se pretende evitar. La prescripción de ese objetivo, o la proscripción de ese mal, constituye la justificación que entonces determina qué generalización constituirá el predicado fáctico de la regla"⁶⁷¹. Por ello en ocasiones la generalización será suprainclusiva (incorpora estados de cosas, conductas o individuos que no generan la consecuencia que la justificación de la regla representa) o infrainclusiva (no incorpora instancias o particulares que sí producen dicha consecuencia)⁶⁷². Y esa potencial infra o supra inclusividad de las reglas está siempre presente, por muy preciso que hoy nos resulte el predicado fáctico, debido a que nuestro conocimiento es imperfecto y no podemos anticipar los cambios en el mundo (se trata del fenómeno que Waissman denominó 'textura abierta' en el ámbito de los lenguajes naturales⁶⁷³). A pesar de su extensión no me resisto en este punto a reproducir lo que con meridiana claridad ya dijera Hart al respecto:

Es un rasgo de la predicación humana (y por tanto de la legislativa) que operamos bajo dos deficiencias cuando buscamos regular, sin ambigüedad y anticipadamente, alguna esfera de conducta por medio de estándares generales para ser usados sin mayor indicación oficial en circunstancias particulares. La primera deficiencia es nuestra relativa ignorancia sobre los

⁶⁷⁰ Schauer, 1991, pp. 17-26. Vid., en igual sentido, Schauer, 1982, pp. 806-807; Bennett, 1984, p. 464; Jefferson Powell, 1987, pp. 667-668 y Easterbrook, 1988, p. 65.

⁶⁷¹ Schauer, 1991, p. 27.

⁶⁷² Ibid., p. 32. La regla "prohibida la entrada de vehículos en el parque" sería suprainclusiva en relación con su justificación subyacente (por ejemplo, evitar los accidentes de los transeúntes) sin incluye en el ámbito de aplicación los carritos de los vendedores ambulantes que no pueden circular a más de 10 km/h. Sería infrainclusiva, si no incluyera bicicletas de carreras que pueden llegar a velocidades superiores a los 40 km/h.

⁶⁷³ Id., pp. 35-36.

*hechos; la segunda es nuestra relativa indeterminación sobre el objetivo... ¡Los legisladores humanos... no pueden conocer todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede brindar. Cuando tenemos el atrevimiento suficiente para establecer una regla general de conducta (por ejemplo la regla de que los vehículos no deben entrar en el parque) el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que cualquier cosa ha de satisfacer si es que ha de incluirse en su alcance, y ciertos ejemplos claros de lo que ciertamente queda comprendido en su ámbito pueden estar presentes en nuestras mentes... Por otro lado, hasta que hayamos colocado el objetivo general de la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no contemplamos, o no pudimos contemplar... nuestro objetivo es, en esta dirección, indeterminado*⁶⁷⁴

Lo que tenemos pues siempre potencialmente presente es la inadecuación (por supra o infrainclusividad, así como por la comprobación de que una generalización universal se torna no universal) entre la formulación de la regla y su propósito o justificación subyacente. Dichas constataciones o experiencias son denominadas por Schauer 'recalcitrantes'⁶⁷⁵. El modelo de interpretación o

⁶⁷⁴ 1961, pp. 125-126. O como anteriormente afirmara el juez Holmes en *Missouri v. Holland*: "[c]uando nos enfrentamos con palabras que son un acto constituyente, como la Constitución de los Estados Unidos, debemos percatarnos que han traído a la vida un ser cuyo desarrollo no pudo haber sido completamente anticipado por el más dotado de sus generadores"; 252 US 416, 433 (1920). Vid en la misma dirección Brest, 1980, pp. 209-211. En la jurisprudencia norteamericana no faltan ejemplos, me atrevería a decir esperpénticos, de falta de percepción del carácter general que las formulaciones normativas (más si se trata de la Constitución como bien supo resaltar el juez Holmes), necesariamente han de tener. Un juez de distrito del Estado de Mississippi declaró contrarias a la constitución ciertas facultades de la Comisión Federal de Regulación de la Energía pues no había mención literal alguna en la *commerce clause* (artículo I secc. 8) de la Constitución que justificara tal vigilancia sobre la industria de la energía en dicho Estado. Añadía este juez que esas instalaciones públicas eran desconocidas en 1787. Como apunta Bradley, también el estado de Mississippi era desconocido en 1787, y según este razonamiento es posible que los jueces de distrito en ese Estado, como el que redacta la sentencia, no hayan de tener en realidad ningún poder (decisión referida en *Federal Energy Regulatory Comm'n v. Mississippi*, 456 US 742, 752 (1982), citada en Bradley, 1992, p. 418, n. 8). Lo cierto es que, finalmente, tanto Monaghan como el propio Berger, han de admitir la inconveniencia de recurrir a los casos paradigmáticos previstos por el constituyente. Apunta el primero que se dan en la constitución un conjunto de provisiones caracterizadas por la necesidad de una interpretación y aplicación continua no de las "*[v]iews of contemporary society' but to the contemporary manifestations of problems identified by the Framers*"; vid., 1981, p. 363, (énfasis suyo). Y Berger, en referencia a la *commerce clause*, "[c]ommerce remains 'commerce' whether transportation be by oxcart or airplane"; vid., 1986 b), p. 6.

⁶⁷⁵ Vid., 1991, p. 39. En parecido sentido, Larry Alexander y Emily Sherwin han argüido que las autoridades que regulan *mienten*. Pretenden de su audiencia que considere sus dictados como reglas en sentido propio (es decir no como reglas de experiencia, vid., infra 6.3), pero son conscientes de que estas en ocasiones no implementan el propósito que persiguen, y por tanto su desviación es justificada; vid., 1994, pp. 1192, 1196, 1201. El engaño deriva del hecho que Schauer denomina de la 'asimetría de la autoridad'; ibid., 1222. Si aceptamos el principio según el cual, sólo es racional y justificado ordenar lo que

reconstrucción hipotética pretendería, de acuerdo con el planteamiento de Schauer, evitar la presencia de experiencias recalcitrantes al precio de eliminar el dictado de reglas generales (algo así como tirar el agua sucia junto con el niño⁶⁷⁶). El partidario de la metodología hipotética trataría de reconfigurar la legislación y aplicación del derecho al modo de la comunicación conversacional, contexto este en el que a los hablantes les es posible, continua e instantáneamente, reinterpretarse e inquirirse sobre las posibles confusiones y equívocos que sus actos de habla pueden generar, así como tener en cuenta ciertos elementos silenciados cuya significación es mutuamente asumida por los que participan en dicho contexto⁶⁷⁷. Lo que olvida aquél, y ahí radicaría el error de su propuesta, es el valor intrínseco que la generalización tiene como forma de 'gobierno', regulación del futuro, o toma de decisiones, y ello a pesar de la existencia de experiencias recalcitrantes. Frente a esa alternativa 'hipotética', que trataría a la regla (a su predicado fáctico o generalización) como siempre 'derrotable'⁶⁷⁸, se erige un modelo (de toma de decisiones basada en reglas-*rule-based decision-making*) que contempla aquellas como 'resguardadas' o 'protegidas' (*entrenched*) frente a su propósito o *rationale* subyacente, y que por ello mismo sí las tomaría en serio⁶⁷⁹: "Bajo este modelo de toma de decisiones, el decisor trata las

uno también admitiría hacer como destinatario, no resulta del todo sostenible afirmar que una autoridad puede racionalmente desear emitir reglas en sentido fuerte, esto es, apostar por un modelo de decisión basada en las mismas, pues la propia autoridad es consciente de que la desviación de la regla está en ocasiones justificada.

⁶⁷⁶ Esto es, concebir el derecho (y la constitución en nuestro caso), como la relación que se da entre el sargento y el soldado; vid., Schauer, 1991, pp. 219-220.

⁶⁷⁷ Vid., 1991, pp. 39-41.

⁶⁷⁸ Trataría la generalización "meramente como un marcador derrotable de una realidad más profunda" (*merely as the defeasible marker of a deeper reality*); vid., 1991, p. 51.

⁶⁷⁹ Ibid., pp. 39-46; "La generalización, en sus propios términos, controlaría la decisión, incluso en aquellos casos en los que esa generalización no acierta a implementar su justificación

generalizaciones como algo más que meros indicadores, como proveedoras de razones para la decisión independientes de aquellas aportadas por la justificación subyacente de la generalización⁶⁸⁰.

5.4.2 La autonomía semántica de las formulaciones normativas

La posibilidad de contemplar las formulaciones normativas que constituyen las reglas como opacas frente a su justificación o absolutamente transparentes, esto es, la potencial divergencia entre la instanciación del propósito de la regla (no otra cosa es la generalización de ésta) y la propia justificación, presupone la admisión de un rasgo del lenguaje que ya fue invocado en la conclusión del

subyacente"; *ibid.*, p. 49 (énfasis del autor).

⁶⁸⁰ Schauer, 1991, p. 51. La pregunta acerca de si existe o no una regla se responde por tanto indicando como la formulación normativa es 'tratada' por los aplicadores (como es 'internalizada' por estos): es decir, si su significado es concebido como resguardado o 'dúctil' frente al propósito subyacente (cuando, en el primer caso, la instanciación resiste los esfuerzos de penetrar en ella al servicio de su justificación, *ibid.*, pp. 64, 76, 82-84, 112, 121). Cuando no se opera así, surge un modelo de decisión no basado en reglas que Schauer denomina 'particularista' (modelo al que el autor entiende cabe reconducirse el *common law*, *Id.*, pp. 175-178). De acuerdo a este, lo que parecen reglas es manejado como 'reglas de experiencia sin peso específico' (*weightless rules of thumb*); la existencia de la regla no ha de evitar que el decisor considere todos los factores relevantes que conforman el ámbito de aplicación. En ese sentido, el modelo particularista no incluiría entre las razones relevantes para la decisión la propia justificación de la emisión de la regla (es decir, junto con la que viene llamando justificación o propósito de la regla, Schauer entendería que cabe hablar de la *razón para especificar dicha justificación sustantiva en la forma de una regla*, o en terminos más simples, el *rationale para tener una regla*-en la propia expresión de aquel, *rule-generating justification*-, razones estas ligadas a la certeza, la predecibilidad, o a un diseño institucional de localización de poder percibido como más legítimo, *Id.*, pp. 94-97). Junto con los modelos de decisión 'basado en reglas' (no se atiende al propósito subyacente) y particularista (se toma la regla como absolutamente transparente y no se tiene en cuenta la razón para tener una regla) Schauer incluye un tercer modelo que denomina 'particularismo sensible a las reglas', que remediaría precisamente los déficits de los dos anteriores pues, por un lado, toma en consideración las virtudes ligadas a la especificación reglada del propósito, y por otro, a éste mismo como no opaco, evitando el seguimiento 'fetichista' de la regla (trata a las reglas como reglas de experiencia- *rules of thumb*-, *Id.*, p. 97). Pero existe todavía un cuarto modelo que es el que Schauer entiende descriptiva y normativamente más adecuado: el 'positivismo presuntivo' (*presumptive positivism*). De acuerdo con este, los aplicadores sólo deben rebasar el resguardo de la regla cuando, no haciéndolo, el resultado se revele severamente erróneo (*Id.*, p. 204). Como ha destacado agudamente Juan Carlos Bayón, ello ocurrirá cuando la justificación para tener una regla sea superada por la justificación subyacente de la misma y, en ese caso, no se advierte cual pueda ser la diferencia entre el positivismo presuntivo y el particularismo sensible a las reglas; *Vid.*, 1997, pp. 29-30.

capítulo III. Parece claro, como apunta Schauer, que dicha incompatibilidad o divergencia presupone que el significado de la generalización no es coextensivo con el del propósito de la regla; como el propio Schauer indica:

*Cuando concluimos que el significado de una instanciación no está totalmente determinado por su justificación tal y como es aplicada en el caso presente, necesariamente entendemos que el significado es algo distinto al uso particular del lenguaje por un hablante específico en un momento concreto en aras a la consecución de un propósito particular. Aunque el lenguaje es invariablemente usado para algo, **el significado no es reducible a ese propósito**, al menos no al propósito para el que el lenguaje es usado en una ocasión particular. Mi análisis del concepto de regla es incompatible con ese entendimiento particularista del lenguaje, y asume en cambio que el significado del lenguaje no es explicado completamente por los propósitos no formulados para los que el hablante emplea el lenguaje, ni enteramente explicado por el contexto particular en que es usado. En otras palabras, la divergencia potencial entre la regla y su justificación asume que tanto el lenguaje como el significado son parcialmente acontextuales⁶⁸¹.*

La diferencia extensional se explica si atendemos al dato de la 'autonomía semántica' de los términos en que la regla se formula, esto es, de la 'habilidad' de los símbolos de portar significado independientemente de las metas comunicativas de los usuarios de tales símbolos en ocasiones específicas⁶⁸². Lo cual no quiere decir, como en alguna interpretación apresurada de la noción de Schauer se ha hecho, que éste defienda la acontextualidad del significado, o una noción *reificada* del mismo⁶⁸³, sino que meramente constata algo que, como ya he expuesto pormenorizadamente en el capítulo III, los propios intencionalistas han de admitir para que su propuesta no sea una trivial tautología: me refiero a la posible divergencia entre el querer decir del emisor y el significado de la formulación que emite, y el potencial recurso que constituye la primera fuente

⁶⁸¹ Schauer, 1991, p. 51 (énfasis mío). Vid., también, pp. 60-62.

⁶⁸² Ibid., p. 55 y supra 3.1.2

⁶⁸³ Vid., Steven L. Winter, 1993, pp. 917, 919.

para discernir lo segundo.

Al que apela a la formulación de contrafácticos para descubrir si por analogía o extensión con las ejemplificaciones que los constituyentes tenían en mente (*intended exemplars*), el caso presente está cubierto en el ámbito de aplicación del precepto constitucional, le habría de producir perplejidad la pregunta de quien, persuadido para participar en ese juego de descubrir intenciones, inquiriere por qué, en tal caso, los constituyentes no emplearon un lenguaje más específico que cubriera aquel supuesto⁶⁸⁴. Schauer, como he tratado de ilustrar anteriormente, sí tendría una respuesta, entiendo convincente, a tal inquisición.

Es cierto, con todo, que en el peculiar caso del texto constitucional, no es descartable asumir que los constituyentes optaran por un modelo de decisión particularista, pretendiendo así de los futuros aplicadores que actuaran con la presunción de ductilidad sobre sus propias formulaciones lingüísticas. El constituyente habría querido comunicar el conjunto ideal de acciones, individuos y situaciones cuya realización u omisión conduce al logro de su propósito (no se habría conformado con una generalización potencialmente supra o infra-inclusiva,

⁶⁸⁴ Bennett, 1984, pp. 460-461. De hecho un argumento en análogos términos fue utilizado por el juez Taney como apoyo de su decisión contraria a conferir iguales derechos a los negros (*Dred Scott v. Sanford*, *vid supra* nota 200). Lincoln arguyó en su momento la extrañas implicaciones que esa línea de razonamiento basada en la conjetura sobre las, en este caso, inacciones de los redactores de la Declaración de Independencia, tendría: "El juez presidente Taney, en su opinión en el caso Dred Scott, admite que el lenguaje de la Declaración es lo suficientemente abstracto como para incluir en su totalidad a la familia humana, pero él y el juez Douglas arguyen que los autores de ese instrumento no pretendieron incluir a los Negros, por el hecho de que realmente y de una vez no los colocaron en pie de igualdad con los blancos. Ahora bien, este argumento grave resulta ser de nulo alcance por el hecho equivalente de que aquellos tampoco en aquel momento, o incluso despues, realmente establecieron la igualdad entre sí de los blancos..." , *The Collected Works of Abraham Lincoln*, Roy P. Basler (ed), Rutgers, 1953, Vol. II, p. 405, citado en Jaffa, 1994, p. 28.

o conjunto sub-óptimo) formulando entónces meramente el propósito. En ese supuesto, los enunciados lingüísticos empleados podrían ser consideradas extensionalmente equivalentes con sus justificaciones u objetivos subyacentes. En el próximo capítulo veremos entonces la consecuencia dilemática que esta conclusión supone para el originalismo.

5.5 Hércules, el intérprete dworkiniano

Las respuestas de Alexander y Raz, con respecto al problema de la determinación de la pretensión prevalente de la autoridad (o si se quiere del nivel de abstracción en que hayamos de describirla) informaban el modelo de la reconstrucción hipotética que en las anteriores páginas he explorado.

El obstáculo que al mismo se le presenta no es sólo que existen buenos argumentos que nos inclinan a pensar en la imposibilidad de aventurar una respuesta segura a la conjetura (y que, además, operando así se olvidan las virtudes de la actividad regulativa, así como sus limitaciones inherentes), sino que también esta misma indagación hipotética (la pregunta que formulamos a la autoridad) es susceptible de revestir muy variadas formas de manera tal que dependiendo de cuál escojamos obtendríamos (sí es que ello fuera efectivamente algo posible) diferentes contestaciones⁶⁸⁵.

Al iniciar el análisis veíamos que cabría especular no sólo acerca de cómo habría decidido la autoridad el caso, sino también de qué otra manera hubiera redactado la formulación lingüística (indagación esta que aparece como una empresa fútil). Pero cabe una tercera posibilidad que se apoyaría en algunos de los elementos del planteamiento de Schauer previamente detallados: la delegación. Así, Michael J. Perry, ha sugerido la siguiente combinación de posibilidades:

Ante una formulación normativa constitucional F y una práctica P podemos

⁶⁸⁵ Vid., en este sentido Easterbrook, 1989, pp. 62-63.

pensar que se dan las siguientes tres posibilidades: (1) los constituyentes entendieron o hubieran entendido que P vulnera F. Era su deseo que F prohibiera P y no hubieran redactado F de la misma forma de haber considerado que no prohibía P; (2) los constituyentes no entendieron o no habrían entendido que F prohibiera P, y no sabían o no hubieran sabido si así era. Dejaron la cuestión en manos de los aplicadores de F y (3) se dan las mismas circunstancias que en (2) pero en vez de delegar, consideraron o habrían considerado que F no prohibía P.

Habría cuatro versiones del intencionalismo, de acuerdo a Perry, de más a menos estricta, en función del alcance de la posible 'corrección' que el intérprete procura al interpretar y aplicar el precepto: (a) Los jueces han de invalidar P sólo en la situación (1) y no si se da (2) o (3). (b) Los jueces sólo deben declarar la nulidad de P si (1) o en (2) si cabe llegar a la conclusión de que P viola el **principio** que los constituyentes entendieron que establecían al promulgar F. No cabe, sin embargo, proceder así (construir o 'reconstruir') un principio prohibitivo en la situación (3). (c) El juez ha de invalidar la práctica ante cualquiera de las situaciones si concluye que P vulnera el principio que los constituyentes habrían instaurado al redactar F. (d) Igual que la anterior versión salvo que, incluso dada la situación (1) el juez no debe declarar P nula si entiende que no vulnera el principio que los propios constituyentes habrían establecido al aprobar F⁶⁸⁶. Esta última posibilidad es la que

⁶⁸⁶Perry, 1991, pp. 708-709. Un ejemplo imaginario puede servir para ilustrar las alternativas que plantea Perry. Supongamos que la Constitución española hubiera recogido finalmente la redacción inicial del artículo 15, y que el mismo hoy rezara: "Todas las personas tienen derecho a la vida". Imaginemos que la práctica P sobre cuya constitucionalidad se duda, en relación con dicho artículo, es la interrupción voluntaria del embarazo. El originalismo más estricto recomendaría al juez constitucional que declarara la inconstitucionalidad de P sólo si puede constatar que los constituyentes entendieron o hubieran entendido que vulnera el artículo 15 (era su deseo que con dicha norma se impidiera la interrupción voluntaria del embarazo, y de haber anticipado la duda sobre su campo de aplicación lo habrían redactado de otra forma). Una actitud intencionalista menos estricta permitiría declarar la inconstitucionalidad del aborto, también si cabe afirmar tanto que los constituyentes no entendieron o no habrían entendido que vulneraba el artículo 15 como que dejaron la cuestión en manos de los aplicadores, y cabe concluir que la práctica viola el principio que los constituyentes creían establecer con el artículo (pero no podrían

podemos entender ha suscrito Ronald Dworkin.

En 1.2.1 ya mencioné el hecho de que la teoría sobre la interpretación del derecho de Dworkin no resulta completamente desvinculable de su propuesta metateórica o metodológica sobre el estudio del derecho. La razón de dedicar un espacio (aunque breve) al análisis de esta última obedecía, por un lado, a mostrar la no trivialidad de la versión mínima del intencionalismo manejada por Raz y Marmor y, por otro, a acometer con mayor familiarización conceptual el escrutinio de la hermenéutica dworkiniana. Precisamente porque, en cierta forma, lo que tiene que decir Dworkin sobre el carácter interpretativo de la teoría del derecho se refleja especularmente en el modelo de interpretación que han de seguir los jueces, un buen número de presupuestos que en la primera parte del análisis nos ocuparon podrán darse por sobreentendidos.

La teoría de la interpretación constitucional dworkiniana surge, como buena parte de sus planteamientos en otros ámbitos de la reflexión jurídico-política, de forma reactiva; en este caso, como reacción frente, precisamente, al originalismo. Cabe decir, y ya en algún otro momento, aunque de forma tangencial, he hecho referencia a esas críticas, que las objeciones del autor de *Freedom's Law* contra el originalismo son de las más certeras y rotundas que uno puede encontrar en la

anularla a partir de dicho principio si se puede colegir que los constituyentes en vez de delegar consideraron o habrían considerado claramente que la interrupción voluntaria del embarazo no estaba prohibida a la luz del artículo). Todavía menos originalista sería la posición que recomendará al juez constitucional la invalidación de la práctica en función de dicho principio aun siendo el caso que los constituyentes entendieron la práctica permisible. El intencionalismo menos estricto apostaría por la constitucionalidad de la práctica incluso si los constituyentes entendieron que vulnera el artículo 15, apoyándose en el principio que los propios constituyentes habrían establecido al promulgar la directiva (principio obviamente distinto a los dos anteriormente aludidos).

discusión. Cuestión distinta es, obviamente, que de ahí emerja una concepción sobre la interpretación constitucional igualmente plausible.

Uno de los primeros atisbos de la misma se encuentra en *Taking Rights Seriously*⁶⁸⁷; más concretamente, en el recurso a la distinción, que Rawls ya había planteado en *A Theory of Justice*, entre conceptos y concepciones⁶⁸⁸. La tesis es suficientemente conocida así que no hará falta extenderse mucho en ella. De hecho ya estamos familiarizados con la misma desde las páginas introductorias de este trabajo. De acuerdo con Dworkin, los constituyentes, al modo del padre que indica a sus hijos que traten a los demás con equidad o del asistente a la fiesta que entrega las llaves del coche al amigo para evitarle conducir si bebe más de la cuenta, habrían delegado en los futuros aplicadores del texto constitucional la implementación de lo que ellos simplemente expresaron en dicho documento como conceptos. De ahí que, lejos de ser contrario a sus intenciones, sería perfectamente coherente con las mismas (y de hecho esto es lo que aquellos habrían pretendido) que los jueces constitucionales apliquen las concepciones de la igualdad, libertad, debido proceso, etc. que entiendan más adecuadas aunque no coincidan expresamente con las que los redactores o constituyentes pudieran haber tenido en mente al promulgarse la Constitución⁶⁸⁹.

Porque de alguna forma hay en este planteamiento una justificación del

⁶⁸⁷ Vid., 1977, pp. 134-136.

⁶⁸⁸ Vid., Rawls, 1971, pp. 5, 10.

⁶⁸⁹ Vid., en ese sentido, Wolfe, 1996, p. 17.

modo (no precisamente restringido como sí propugnaría el originalismo más ortodoxo), en que el juez constitucional debe proceder, que también pende en último término de las pretensiones de la autoridad constitucional, muchos autores han venido destacando que la posición de Dworkin puede también incardinarse dentro del originalismo. Una suerte de intencionalismo muy moderado (o sofisticado) en tanto en cuanto primaría las intenciones más abstractas del constituyente⁶⁹⁰. Y obviamente la pregunta y objeción consiguiente, una vez situado al propio Dworkin en el paradigma que él mismo venía denunciando con tanta vehemencia⁶⁹¹, era pedirle la *evidencia histórica* que nos llevaría a aceptar que efectivamente los constituyentes habían procedido de tal forma, pues, indican estos autores, es más bien lo contrario lo que se debería presumir⁶⁹².

Esta objeción, afirmó Dworkin en "The Forum of Principle"⁶⁹³ está basada en una mala comprensión de la distinción entre conceptos y concepciones que, reconoce, él mismo ha podido provocar. La confusión radica en haber entendido que el edictor tuvo o bien una intención abstracta o bien otra de carácter concreto y que, siendo estas excluyentes entre sí, es una cuestión de *hechos*

⁶⁹⁰ Vid., entre otros, Smith, 1989, p. 109; Chereminsky, 1987, pp. 75-76 (calificando la postura de Dworkin de 'conceptualismo'); Munzer & Nickel, 1977, pp. 1037-1041 y Schauer, 1982, p. 808.

⁶⁹¹ Recuérdese que fue uno de los más firmes opositores al nombramiento de Bork (vid. supra 2.2).

⁶⁹² Vid., Kay, 1988, pp. 259-262; Tushnet, 1983, pp. 791-792 y Munzer & Nickel, 1977, pp. 1037-1041 (para lo cual, indica Dworkin, no aportan ellos tampoco evidencia histórica alguna; vid., 1985, pp. 53, 55). Simon también criticó a Dworkin por esa vinculación con las pretensiones de los constituyentes, pero no como Munzer & Nickel, Tushnet y Kay, por no aportar evidencia histórica, sino porque el argumento para defender la lectura moral del texto constitucional no necesita apoyarse en las intenciones de los constituyentes; vid., 1985, p. 642.

⁶⁹³ Originalmente en *New York University Law Review*, Vol. 56, Nº 2-3, may-june, 1981 (ahora recogido en 1985, pp. 31-71, por donde se cita).

históricos determinar cuál de las dos tuvo. En realidad, escribe, esto (como expuse al inicio de este capítulo vid., supra), no es así. Pudo haber tenido las dos o, dicho con mayor rigor, la pretensión que haya tenido *puede ser descrita en distintos niveles de abstracción*⁶⁹⁴. ¿Cual de ellos habremos de usar? Conocemos la respuesta de Alexander: acudir a una suerte de metaintención de la autoridad normativa sobre las intenciones (dominantes) a ser usadas por el intérprete (vid., supra 5.2) en caso de que entren en conflicto.

Ahora bien, podemos entender que Alexander se refiere a la *categoría intencional* (el tipo de intención, semántica o de fines, etc...) que el edictor, de acuerdo con esa metaintención, pensó que debería prevalecer, o bien que alude al mismo tipo de intenciones (por tanto homogéneas). En tal caso, y como ha señalado Dworkin muy certeramente, nos veríamos inmersos en una paradoja típica de la teoría de juegos. El juez que sigue la recomendación de Alexander "debe decidir lo que Smith-el legislador-predijo que haría, lo cual significa lo que predijo que pensaría sobre lo que ha predicho que haría y así indefinidamente"⁶⁹⁵. Es decir, tomando las pretensiones como elementos homogéneos la metaintención postulada por Alexander nos haría violar el principio de caridad y por ende el de simplicidad. Veamos por qué.

En principio, desde el punto de vista que podemos llamar interno, del legislador, en su conjunto de pretensiones $\{(q_1), (q_2) \dots (q_n)\}$ éstas han de ser

⁶⁹⁴ Vid., 1985, pp. 49, 52-53.

⁶⁹⁵ Vid., 1986, p. 324.

compatibles entre sí. Él, si es racional, y nosotros, *prima facie*, hemos de atribuirle tal cualidad, no puede pensar *ex ante* que haya incompatibilidad entre sus propósitos y, pese a ello, hacer pervivir esa incongruencia. ¿Qué quiere decir entónces que ante la circunstancia de pretensiones excluyentes entre sí hemos de acudir a su intención de nivel superior acerca de cómo resolver el conflicto? Afirmar que el edictor cuenta con un primer nivel de propósitos *Q* compuesto por *qs* no necesariamente compatibles y una metaintención *M* que nos sirve a nosotros para seleccionar la que es prevalente es describir inadecuadamente las cosas. En ese supuesto no es que exista un conjunto de pretensiones incompatibles asumido por el propio edictor a la espera de que el intérprete, y en atención a su metaintención *M*, lo resuelva; más bien lo que habría, directamente, es una única intención del legislador que *prima*. En atención al propio principio de caridad/simplicidad, el observador externo o intérprete debe contar con que es el propio emisor el que ha depurado el conflicto entre sus propias pretensiones y, entonces, no cabe predicar de su proceso mental la existencia de dos niveles de propósitos. Si se puede afirmar *M* es que en realidad no existe tal conjunto de pretensiones mutuamente excluyentes sino una única que ha guiado al edictor. Si para el intérprete sí resulta posible afirmar la existencia de *Q* y la incompatibilidad entre sus componentes (contra lo que habría pensado el propio sujeto intencional), el conflicto habrá de ser resuelto por él mismo para, y en atención al principio de caridad poder operar con el, entonces, depurado silogismo **I01**.

En definitiva, como ha afirmado Dworkin, la autoridad normativa puede predecir de forma útil como los jueces interpretarán sus preferencias sólo si piensa

que estos usan algun método interpretativo que es independiente de sus predicciones⁶⁹⁶: es en todo caso el aplicador el que ha de hacer coherente el conjunto de convicciones que pueda predicar del edictor, para lo cual no puede recabar en metapretensión alguna, so pena de quedar envuelto en una regresión al infinito⁶⁹⁷.

Así también lo ha puesto de manifiesto Robert W. Bennett al preguntarse: ¿Consiste la estrategia originalista en que consideremos la pregunta hipotética de cómo un constituyente resolvería un caso constitucional contemporáneo, suponiendo que éste mismo sujeto ha decidido asimismo todos los asuntos originados tras la promulgación de la Constitución hasta hoy, y que por tanto ha vivido todo lo acontecido en dicho intervalo? (una representación con la que se ilustraría no el 'ponernos en la piel del constituyente' sino el meter a éste en la nuestra). Cualquiera de las alternativas parece odiosa para los representantes de esta posición. Si la respuesta es afirmativa (sí, ese es precisamente el constructo mental que ha de usarse), el originalismo no aporta soluciones acerca de cómo han de resolverse las controversias constitucionales contemporáneas, pues apoyarnos en lo que este sujeto hipotético resolvería es, en definitiva, recurrir a lo que

⁶⁹⁶ Vid., 1986, p. 324. Es necesario advertir que Dworkin hace en ese punto una llamada (nota 4, p. 447) para reforzar y matizar su argumento, pero que en ese desarrollo comete un error. Supongamos, nos dice, que sí existe una regla según la cual una cierta norma ha de interpretarse de manera restrictiva. Los legisladores entonces usarán la misma para predecir lo que pasará en los tribunales con la ley que promulgan. Si el juez (Hermes) defiere a la regla estaría haciendo lo previsto por el legislador pero no porque lo previera y, afirma a continuación: "The rule, that is, would explain both how Hermes decided and what **judges** predicted, but it would explain these independently of one another". Me parece obvio que no es en esa frase 'lo que los jueces predijeron' sino los legisladores. De otra forma el argumento no se entiende.

⁶⁹⁷ Vid., Dworkin en un sentido parecido; 1986, p. 334.

nosotros mismos haríamos⁶⁹⁸. Si por contra es negativa, es decir, el originalismo no consiste solamente en tratar de responder a dilemas constitucionales mediante la referencia a un hipotético constituyente que ha venido decidiendo aquellos, entonces se asume inevitablemente que la decisión contemporánea es gobernada por algo más que el estado mental de aquél tal y como ha resultado de su interacción con los acontecimientos e información a lo largo del tiempo⁶⁹⁹. Esta es la elección que, en mi opinión, y como se ha visto anteriormente, tomaría el intencionalismo que dota de autoridad a los ejemplos paradigmáticos. Pero entonces, como apunta aquel autor:

*Incluyendo escogemos sólo una parte de lo que realmente habría informado la decisión del autor, de haber sido de su competencia hacerla, seríamos más cándidos en reconocer que la decisión es realmente **nuestra** y no tratar de revestirla con la autoridad del lenguaje que el emisor promulgó mediante la pretensión de que realmente es una decisión referible a su intención⁷⁰⁰*

Precisamente por esa razón el modelo de interpretación conservadora propuesto por Raz es incongruente. La pregunta es entonces, como ya he afirmado, cuál de las *q*'s se escoge y por qué razones; la cuestión relevante "Inlo es si la intención de aquellos que hicieron la Constitución debe contar, sino más bien *qué debe contar como tal intención*"⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ Es decir, una investigación hipotética para mostrar si los constituyentes españoles hubieran considerado la interceptación de la cuenta de un usuario de internet una vulneración del artículo 18.3 (que proscribía la intervención de las comunicaciones salvo que medie resolución judicial) imaginando que aquellos conocen los usos y capacidades de dicha red, para responder a la cuestión con solvencia, supondría transformar al constituyente de 1978 en nuestro coetáneo, y por tanto negarle la habilidad para hablar de sus pretensiones *qua* constituyente (este es un ejemplo que adapto del usado por Gerald E. Lynch con respecto a la interpretación de la cuarta enmienda de la Constitución norteamericana para criticar la tesis de Perry; vid., 1984, p. 547).

⁶⁹⁹ Vid., Bennett, 1988, pp. 356-357 e igualmente, 1984, pp. 457, 468.

⁷⁰⁰ 1988, p. 358 (vid., igualmente, 1985, p. 650).

⁷⁰¹ Vid., Dworkin, 1985, p. 57 y en la misma línea Barber, 1988, p. 445.

Se debe deslindar por tanto entre las *razones* que podamos tener para reverenciar la pretensión o pretensiones de la autoridad, de los propósitos o intenciones que encontramos cuando recabamos en sus estados mentales. La razón de apostar por el originalismo ha de basarse entónces en teorías político-morales sustantivas sobre la práctica constitucional justa y no en la historia o en el análisis semántico o conceptual del término 'interpretación'⁷⁰². Es por ello que el modelo conversacional no puede ser neutral en ningún caso. Su censura al activismo a partir de una posición escéptica en materia moral es así incongruente, pues los propios partidarios de mantener una estricta fidelidad a las pretensiones de los constituyentes no mantienen, en el fondo, la 'asepsia axiológica' que a los demás reclaman⁷⁰³; la estrategia de defensa del recurso a la intención original porque esta forma de interpretación es la más respetuosa con la división de poderes o el ideal democrático aniquila su alegación en favor de dicha metodología por consideraciones de carácter puramente histórico y no morales⁷⁰⁴.

El originalismo que propone la adopción de un juez constitucional que sigue el 'modelo conversacional hermético' queda paralizado no sólo ante el problema de la determinación de *q*, sino también ante la dificultad de concretar *a quién haya de considerarse la autoridad constituyente*. En relación a la Constitución

⁷⁰² Vid., Dworkin, 1986, pp. 54-56; Simon, 1985, pp. 614, 622 y Freeman, 1992, p. 4.

⁷⁰³ Vid., Dworkin, 1985, p. 49 y 1986, pp. 316-317. Y es que todos somos, escribe Dworkin, intérpretes constructivos. Incluso cuando entendemos que la interpretación adecuada (por ejemplo en el ámbito del arte) es la conversacional, ello será porque de esa forma hacemos del objeto el mejor que, en nuestra opinión, puede ser: si entendemos que la meta de toda interpretación artística es la recuperación de las intenciones del artista ello será consecuencia de haber aplicado los métodos de la interpretación constructiva no de haberlos rechazado; vid., 1986, p. 54.

⁷⁰⁴ Vid., 1985, p. 49 y 1990c, pp. 663-668; en la misma línea, David. A. J. Richards, 1990, p. 1392 y Brennan, 1992, p. 1029.

norteamericana son varias las propuestas que se han hecho con respecto a quién deba ser considerado como tal.

Según Kay, las intenciones a ser tenidas en cuenta en el caso de las enmiendas vienen determinadas por el procedimiento de adopción de las mismas establecido en el artículo V de la Constitución; es decir, las de los miembros de las dos cámaras y las treinta y dos legislaturas estatales. Con respecto a las de la propia Constitución, puesto que no hay norma de procedimiento, serán las del 'pueblo', representado en las convenciones de ratificación de los Estados. No se deben tener en cuenta, por tanto, ni las intenciones de los que redactaron la Constitución (*drafters*) ni las de los delegados en la Convención de Filadelfia que la propusieron (*framers*)⁷⁰⁵, ni las pretensiones de los que, aún pudiendo tener la consideración estricta de constituyente de acuerdo con los anteriores criterios, votaron en contra⁷⁰⁶.

Este purismo procedimental de Kay obliga a pagar sin embargo un precio altísimo: el de la casi imposibilidad de apoyarse con rigor en documentación histórica alguna, minimamente fiable, para descubrir intenciones o propósitos.

⁷⁰⁵Kay, 1988, pp. 246-248 y Perry, 1994, pp. 31-32. Opción que en cambio ha defendido Jack N. Rakove, como forma de saber las razones por las que se prefirieron unos términos a otros. Pero junto a ello indica Rakove que los debates de ratificación deben ser la fuente básica para futuros intérpretes de la Constitución, pues como iniciales interpretaciones proveen la mejor evidencia histórica de lo que la Constitución significó para sus adoptantes y los motivos que llevaron a establecerla y porque la autoridad de la misma deriva de su ratificación (esta fue la tesis que mantuvieron Madison y Jefferson, vid. *supra* 2.1); vid., 1996, pp. 8, 149-150, 347-362. En todo caso, se ha de tener en cuenta que cuando se afirma que la voluntad de la ratificación es la del 'pueblo', estamos aludiendo a un proceso en el que participó menos del 5% de la población; vid., Erwin Chereminsky, 1987, pp. 18-19.

⁷⁰⁶ Por esta solución apuestan Bassham, 1992, p. 40; Kay, 1988, pp. 246-248 y, aunque refiriéndose al ámbito del legislador ordinario, MacCallum, 1966, pp. 777-778. Sobre la imposibilidad de concebir una intención legislativa por el problema agregativo así como por la falta de transparencia en las intenciones (votos con carácter estratégico), vid. igualmente, Kenneth A. Shepsle, 1992, especialmente pp. 239, 244-245, 248-250, 254. Perry por su parte no cree que tal dificultad sea insuperable; vid., 1985, pp. 600-601.

Aún de la convención de Filadelfia se conservan las notas de Madison no publicadas hasta 1840 y ciertamente incompletas⁷⁰⁷, pero de los debates de ratificación en las legislaturas estatales son muy escasos y muy poco confiables los documentos que quedan⁷⁰⁸.

Dworkin por todo ello, ante tal cúmulo de dificultades, se ha declarado partidario de una 'lectura moral' de la Constitución⁷⁰⁹. El juez constitucional que, herculeamente, practica una interpretación 'constructiva' del texto constitucional busca, como ya sabemos, hacer de la historia constitucional, de la práctica del control judicial de constitucionalidad a la que con su decisión va a contribuir, la mejor posible. Opera pues sobre los dos ejes del 'encaje' y el 'valor' o 'propósito' de la práctica social interpretativa que es el derecho, entendiendo que es su objeto la guía y constricción del poder coactivo del Estado. Es decir, considera que hasta ese momento los jueces constitucionales con sus decisiones han tratado de

⁷⁰⁷ Se calcula que pudo haber omitido más de la mitad de lo que se dijo durante las reuniones; vid., Lewy, 1988, pp. 284-288 y asimismo James H. Hutson, 1990, pp. 166-168. En relación a las otras fuentes documentales, el *Journal of the Convention* publicado por primera vez en 1819 a partir de las transcripciones del secretario de la convención William Jackson, no contiene apenas información relevante sobre el transcurso de los debates; vid., Jack N. Rakove, 1996, p. 13. Sobre las notas del delegado Robert Yates la opinión de los historiadores es prácticamente unánime en su carácter poco fidedigno; vid., por todos, James H. Hutson, 1990, pp. 154-158, 166.

⁷⁰⁸ Vid., Lewy, 1988, pp. 288-291, 355-356 y James H. Hutson, 1990, pp. 158-162. Además, se ha de tener en cuenta que, como resalta Lewy, a diferencia del proceso de redacción de una norma, en la ratificación, por el propio objeto de este acto, resulta ciertamente extraño pretender invocar intenciones más allá de la mera ratificación de aquella; Lewy, *ibid.* Por ambas razones se explica que, a diferencia de Kay, la mayoría de los originalistas no sean partidarios de priorizar a los *ratifiers*; vid., Bassham, 1992, p. 63. Con respecto a las enmiendas, la situación no es más alentadora: no existen documentos sobre los debates de ratificación en los Estados y los de la Cámara de Representantes donde se propusieron (1er congreso) se basan en un registro privado del reportero Thomas Lloyd (*Lloyd's Congressional Register*) que el propio Madison descalificó como poco riguroso; vid., Lewy, 1988, pp. 291-294. Hutson no ha tenido reparo alguno en comentar que la falta de destreza de Thomas Lloyd en la transcripción de las sesiones era debida a su afición desmedida al alcohol; de hecho no son infrecuentes, según destaca Hutson, las interpolaciones de dibujos de caballos y paisajes, caricaturas de representantes y poesía en dichas anotaciones; vid., 1990, p. 168-169.

⁷⁰⁹ Vid., sus últimos desarrollos a este respecto en el prólogo a *Freedom's Law*.

ofrecer la mejor justificación posible del valor del derecho y que él, a partir de una reconstrucción cuya meta es presentar también ese depósito en su mejor faz, debe añadir un 'capítulo' coherente en esa suerte de novela en cadena⁷¹⁰.

Adoptar la concepción del derecho como integridad y por tanto el método hercúleo de interpretación constructiva evita las aporías a las que se ve enfrentado el juez (Hermes) que considera el momento de la promulgación como un instante canónico de fijación petrea del significado de las formulaciones lingüísticas, para lo cual se basa en el modelo conversacional de recuperación de las intenciones del hablante que arrastra las dificultades en cuanto a la determinación de las mismas y fijación de su congruencia que ya conocemos. La aproximación de Hércules no requiere responder a las preguntas de quiénes son los sujetos cuyas pretensiones hemos de considerar, en cuáles de las mismas apoyarnos ni cómo combinarlas⁷¹¹.

Pero además, nos dice Dworkin, da mejor cuenta de lo que ha sido la tradición moral norteamericana. Los jueces *a la Hermes* que siguen el paradigma conversacional podrían justificar esa observancia en argumentos basados en la predecibilidad: en el valor de la seguridad jurídica. Tal justificación, apunta Dworkin, sería inadmisibile por dos razones. En primer lugar porque no se daría una interpretación 'decente' de la práctica constitucional norteamericana⁷¹². En su desarrollo podemos encontrar un buen número de decisiones que han supuesto

⁷¹⁰ Vid., en ese sentido, Richards, 1990, p. 1407.

⁷¹¹ Vid., 1986, pp. 314-317, 348.

⁷¹² Así, Richards, 1985, pp. 506-512.

el reconocimiento de libertades y derechos fundamentales que no se puede pensar fueran previstas por los constituyentes. Es verdad que esos casos pueden ser marginales en relación al número total de actuaciones de la Corte Suprema, pero (segunda razón de la objeción), en materias constitucionales el argumento de la estabilidad o de la seguridad jurídica tiene una importancia o peso menor que la cuestión sustantiva del aseguramiento de las libertades y derechos básicos. En el dominio de los principios importa lo que se acuerde, no la forma o procedimiento; es más relevante, esto es, la integridad, la expresión de una visión coherente de la justicia⁷¹³.

En la última elaboración, hasta la fecha, de su apuesta por la lectura moral de la Constitución Dworkin ha avanzado dos argumentos en favor de la misma. Razones que podemos denominar, respectivamente, semántica e histórica, pero que abonan esa interpretación constructiva o moral y no aisladamente sino de forma solapada.

No todas las 'zonas' de la Constitución son susceptibles de una lectura moral. Si bien es cierto que todas sus cláusulas se *inspiran* en principios morales, no es moral su *contenido* en todo caso. Es la historia y la formulación en un lenguaje abstracto lo que nos proporciona el criterio de identificación⁷¹⁴. La historia es crucial en la empresa interpretativa, "porque debemos saber algo acerca de las circunstancias de la emisión para tener alguna buena idea de lo que la persona

⁷¹³ Vid., 1986, pp. 367-368 y Richards, 1990, p. 1374.

⁷¹⁴ Vid., 1996a, p. 8 y Macedo, 1987, pp. 14-15.

quiso decir al hablar en la forma en que lo hizo⁷¹⁵. Con respecto a la tercera enmienda, ejemplifica, la historia no arroja sombra de duda sobre lo que los constituyentes quisieron decir: dijeron lo que las palabras que usaron normalmente se diría que expresan. En relación a la decimocuarta (igual protección de las leyes), en cambio, pretendieron establecer un principio general, y de ahí que la lectura moral de la misma sea inevitable⁷¹⁶.

La evidencia de la tesis dworkiniana según la cual la intención interpretativa de los constituyentes no fue que primaran (con respecto a todas las cláusulas) sus pretensiones concretas o concepciones, radica pues en el lenguaje que emplearon (en algunos casos); de haber querido lo primero (que sus propias opiniones sobre

⁷¹⁵ Vid., 1996a, p. 8. La historia no se usa más que para saber lo que pretendieron decir, no que otras intenciones (concretas) pudieran haber tenido con la emisión; *ibid.*, p. 10.

⁷¹⁶ Dworkin, 1996a, pp. 8-9. Una tesis esta que así, genéricamente formulada, es abrazada también por el que fue fiscal general en la Administración Reagan y uno de los representantes postuladores del originalismo (Edwin Meese III, *vid.*, supra 2.2): hay cláusulas en la Constitución-nos dice de contenido claro y también principios, y el criterio de diferenciación es el lenguaje utilizado; *vid.*, 1985, pp. 24-26. Sin duda, la inevitabilidad de la lectura moral alcanzaría su grado máximo en relación a la novena enmienda de la Constitución que reza: "*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*". Las 10 primeras enmiendas de la Constitución fueron una exigencia de los antifederalistas para ratificar la Constitución. Los federalistas en cambio, entendían que el establecimiento de un catálogo de derechos en el texto era innecesario en tanto en cuanto la Constitución era una norma que establecía poderes limitados y ello hacía imposible la vulneración de los derechos básicos individuales. Para los federalistas, la positivación tendría el efecto, justamente, de legitimar al gobierno la adopción de políticas que violaran las garantías individuales no expresamente indicadas. El compromiso final entre ambos pasó por la inclusión de la novena enmienda, acreditada a Madison. Fue en *Griswold v. Connecticut*, cuando por primera vez se hace una referencia expresa a dicha enmienda para, en este caso, declarar la existencia del derecho a la privacidad (*right to privacy*); *vid.*, 381 US 479 (1965), 484, y la opinión concurrente del juez Goldberg (381 US 479, 486; *vid.*, infra 6.2 sobre dicha sentencia). El debate histórico y acerca de la interpretación de la novena enmienda enfrenta a los que entienden que la provisión se refiere a 'los otros derechos' que en el momento constituyente tenían los ciudadanos de los Estados de acuerdo con sus constituciones estatales (así como los derechos de los '*englishmen*'), y los que, por contra, se declaran partidarios de interpretar la enmienda como una cláusula deliberadamente abierta que daría a los jueces la potestad de acudir a la moral en la implementación de la Constitución. Sobre esta controversia puede verse: Russell L. Caplan, 1983, pp. 223-268; Calvin R. Massey, 1987, pp. 305-344; Randy E. Barnett, 1988, pp. 37-65; Barber, 1988, pp. 67-87; Michael W. McConnell, 1988, pp. 89-109; Sotiros A. Barber, 1988, pp. 111-129; Sanford Levinson, 1988, pp. 131-161; Stephen Macedo, 1988, pp. 163-173; Andrzej Rapaczynski, 1988, pp. 177-210 y JoEllen Lind, 1993, pp. 1259-1323.

lo que es la igualdad o la libertad fueran las que se implementaran) no habrían usado ese nivel de abstracción⁷¹⁷. Los constituyentes, pues, dado el carácter de alguna de sus enunciaciones lingüísticas, habrían procurado, en la terminología de Schauer, un modelo de decisión particularista con respecto a dichas cláusulas de la norma fundamental. Aquellos, según nos dice Dworkin, habrían pretendido de los futuros aplicadores que actuaran con la presunción de *ductilidad* sobre sus propias formulaciones lingüísticas comunicando el conjunto ideal de situaciones, individuos y acciones cuya realización conduce al logro de su propósito, no habiéndose conformado entonces con una generalización potencialmente supra o infraincluyente. Habrían emitido así meramente un propósito, de tal forma que esos enunciados lingüísticos sobre los que Dworkin afirma que se ha de practicar una lectura moral podrían ser tomados como extensionalmente equivalentes con sus justificaciones y objetivos subyacentes porque no tendrían autonomía semántica.

¿Pero es eso algo que pueda la autoridad garantizar que se hará por parte de los aplicadores meramente por el uso del lenguaje? La respuesta negativa nos la brinda el propio Schauer. Que se haya comunicado el conjunto ideal de individuos y cursos de acción formulando directamente la justificación (entonces no subyacente) o bien una generalización que de antemano se sabe supra o infraincluyente no dependería de los signos lingüísticos utilizados. Y ello porque

⁷¹⁷ Vid., 1985, pp. 52-55 y en la misma dirección, Lynch, 1984, p. 546. Kay en cambio entiende que el uso de un lenguaje abstracto o vago no es prueba suficiente, pues lo que a nosotros hoy nos resultan términos generales, en su momento pudieron no haber sido considerados tales (sino *specific terms of art*); vid., 1988, pp. 264-273.

si tomamos un enunciado como la formulación de un propósito aun podríamos seguir entendiendo que subyace una justificación todavía más profunda a tal pretensión canonizada en el precepto constitucional⁷¹⁸; aún habría supuestos, "los que el resultado indicado tanto por la formulación como por su justificación todavía diferiría del indicado por la justificación más profunda que subyace a *aquella*"⁷¹⁹. Parece por tanto que es la actitud que el aplicador adopta frente a las ediciones de la autoridad la que evita que las mismas puedan ser finalmente traducidas a una suerte de mandato genérico como 'haz lo correcto', y también, como señala Dworkin, razones de carácter histórico: lo que podamos saber acerca de las circunstancias concretas de la promulgación inclinarán a escoger un nivel de abstracción mayor o menor. Pero como ya sabemos este camino no está exento de dificultades notables; me refiero a los escollos que nos topamos al tratar de asegurar una respuesta segura a la conjetura contrafáctica en la que Dworkin se apoya. Ha de resaltarse que el propio autor ha considerado el carácter arbitrario de la contestación a las proposiciones contrafácticas: "La mejor respuesta a una pregunta contrafáctica puede ser que no hay respuesta"⁷²⁰.

⁷¹⁸ Tal sería el caso si recurrimos por ejemplo al propio preámbulo de la Constitución norteamericana, donde se lee que el objetivo que guía a los constituyentes es, "[f]ormar una más perfecta Unión, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y la posteridad"; o al de la Constitución española donde se proclama la voluntad de "[g]arantizar la convivencia democrática... conforme a un orden económico y social justo... proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos... promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra."

⁷¹⁹ Schauer, 1991, p. 212 (énfasis suyo; vid., también, pp. 26, 50, n. 15). La primera justificación sería una 'instanciación' de la justificación o propósito, y así podríamos remontarnos hasta el infinito; *ibid.*, pp. 73-74.

⁷²⁰ Vid., 1986, p. 325. Si bien es verdad que a continuación afirma que los contrafácticos tienen una buena respuesta en ocasiones, en las dos páginas siguientes insiste en el carácter irrazonable y arbitrario de la misma; *ibid.*, pp. 326-327.

La primera vía (la actitud del aplicador) es en cambio la que ha transitado Lawrence Lessig⁷²¹. El análisis de su propuesta será clarificador para, en el próximo capítulo, explorar la última versión del originalismo: la que apuesta por la autorestricción o deferencia del juez constitucional al legislador representativo.

⁷²¹Vid., 1993, pp. 1172-1173.

5.6 Fidelidad, traducción y humildad

El presupuesto de la tesis de Lessig es que, si tenemos en cuenta que el significado depende del texto tanto como del contexto en que este se produce, ciertos cambios no sólo son permisibles, sino absolutamente necesarios para que la interpretación sea fidedigna; para poder clausurar el corte interpretativo que se da entre los contextos de escritura y lectura⁷²². Podemos actuar entonces con la presunción de que un texto en un contexto original hubiera sido distinto si este último hubiera diferido en algunos de sus aspectos relevantes⁷²³. Como en esta misma línea ha afirmado E. D. Hirsch Jr., "Los intérpretes a veces necesitan imaginar lo que significaría un texto del pasado si fuera reescrito en el presente. Si no pudieran concebir dicha posibilidad, no podrían llevar a cabo interpretaciones responsables de los textos. Por interpretaciones 'responsables' entiendo las que resultan verdaderas con respecto al espíritu de los textos antiguos y a las realidades del tiempo presente también. Si se eliminan los condicionales contrafácticos de nuestro repertorio intelectual, nuestro entendimiento de los textos quedaría enteramente confinado al presente"⁷²⁴.

Junto a este conjunto de nociones mínimas, por otro lado conocidas, Lessig da cuenta de la creencia firmemente arraigada en nuestras culturas jurídicas de que si los jueces tienen algún deber, este es el de fidelidad con los textos redactados por otros; que es su obligación preservarlos. De tal forma que, en última instancia, las controversias sobre los principios normativos de la

⁷²² Lessig, 1993, pp. 1166, 1176-1178. Por contexto entiende Lessig el conjunto de hechos, valores, asunciones, estructuras o patrones de pensamiento que son relevantes para el autor en su uso de los términos que conllevan significado; Ibid., p. 1178.

⁷²³ Ibid., pp. 1181, 1253.

⁷²⁴ Vid., E.D. Hirsch, 1988, p. 55.

interpretación se reducen a la determinación de quién ha de ser el 'maestro'⁷²⁵.

De acuerdo con Lessig, una versión no refinada de la fidelidad (un proceso que según éste sólo comprendería un paso-*first-step process*-) implicaría que el intérprete ha de aplicar hoy el texto original tal y como se hubiera hecho en el momento de ser emitido⁷²⁶. Lo que distingue al intérprete esclarecido (que practica un *two-step process*) del originalista radical, es que el primero busca, igual que el segundo, la preservación del significado 'leyendo' o 'confrontando' el texto con el contexto original para a continuación (y en esto radicaría la diferencia) aplicarlo en el presente con la pretensión de hacer del significado de la hodierna aplicación el equivalente del de entónces. De otra forma, es decir, siendo *fidedignos* no esclarecidos, estaríamos realmente 'cambiando el significado', esto es, incumpliendo el deber de fidelidad⁷²⁷. La tarea que más semejanzas tendría con la que habría de realizar el aplicador del derecho genuinamente fiel sería para Lessig, como antes he indicado, la 'traducción'⁷²⁸.

Un breve examen de dicho mecanismo nos pone sobre la pista de la tensión que informa la actividad traductora y que habría de gobernar también la aplicación del derecho: la posibilidad, por un lado, de recrear libremente el texto

⁷²⁵La respuesta sólo puede ser o el lector o el emisor; vid., 1988, p. 56. Vid., igualmente, Alexander, 1996, p. 326.

⁷²⁶Esta es la opción que Lessig identifica con el originalismo radical (partidario de acudir al 'entendimiento original'-*original understanding*) de autores como Robert Bork; Vid., Lessig, 1993, p. 1182-1183. Vid., supra la distinción de Kay.

⁷²⁷Es decir, aunque en 1787 los latigazos no fueran considerados una pena cruel e inusual, hoy, dado que el contexto ha variado, la fidelidad con el texto nos exige que sí los declaremos como contrarios a la octava enmienda; Vid., Lessig, 1993, pp. 1185, 1187-1189.

⁷²⁸Ibid., p. 1189. Vid., igualmente Hirsch, 1988, p. 62.

o significado original, y como consecuencia de ello, la especial responsabilidad que el traductor adquiere y que Lessig identifica con una actitud ética de 'humildad'⁷²⁹.

En cuanto a lo primero, Lessig apunta que el traductor tiene un deber de creatividad: ha de tomarse ciertas libertades para preservar lo que el autor quiso decir, para captar en el lenguaje-resultado lo que fué significado en la fuente (ir más allá del texto en ocasiones, transformarlo o incluso ignorarlo a veces). Pero no puede permitirse mejorarlo (la traducción ha de mantener las debilidades y virtudes originales en el nuevo contexto) si es que quiere que el resultado pueda seguir siendo considerado como una traducción⁷³⁰. De ahí el deber de actuar con humildad. La humildad restringe el número de presuposiciones del contexto original que el traductor puede tomar en consideración y por tanto limita la gama de traducciones permisibles. No porque algunas de estas no procuraran en algún sentido la fidelidad, sino debido a la presencia de ciertas constricciones institucionales que provocan que, efectuados por el traductor, algunos cambios específicos resulten inapropiados. La humildad apunta a la consecución de un resultado sub-óptimo con respecto a la fidelidad ideal (*second best of fidelity*).

En el ámbito de las instituciones jurídicas, son dos tipos de humildad los que están en juego: la humildad 'estructural', y de 'capacidad'. La primera encuentra en la *naturaleza de las presuposiciones* la razón de la limitación: el intérprete no ha de considerar las asunciones valorativas o políticas del legislador. El segundo

⁷²⁹ Lessig, 1993, pp. 1192-1193. Se trata de la elección que Hirsch cifra entre concebir la interpretación textual como explotación (el lector lo recrearía sin constricciones, como serían las lecturas o interpretaciones alegóricas) o como comunicación (en cuyo caso, son las preferencias del emisor y no las del intérprete las que controlan el proceso); vid., 1988, pp. 57, 62.

⁷³⁰ Lessig, 1993, pp. 1205-1207, 1252-1253.

tipo de humildad se sustenta sobre la *falibilidad* de la propia institución que practica la traducción⁷³¹.

En definitiva, pues, la razón que compele a incorporar la humildad en la práctica interpretativa judicial está vinculada a la división de tareas entre el legislador o constituyente y el judicial. La pregunta entonces es obvia, ¿de qué forma entender mejor y proteger ese coto vedado de presuposiciones que el segundo no ha de invadir? La respuesta ha sido ya antes avanzada: de acuerdo con Lessig, ese dominio limitado, no considerable por el intérprete, está compuesto por las presuposiciones de naturaleza política (asunciones estas -y de ahí el rasgo de 'políticas'-que son reconocidas o identificadas por su adjetivación como *mejores* más que como *más verdaderas*⁷³²). La acomodación de sus mutaciones a nuestro contexto, la actualización de lo que hoy consideramos 'políticamente' mejor, es misión propia y no transferible del poder político. También en dicho conjunto vedado se encontrarían las presuposiciones morales, y por tanto en ningún caso cabría pretender de los jueces que apliquen el derecho (o la Constitución) tratando de hacer de éste el mejor sistema de guía de conductas a la luz de una, presunta, mejor teoría moral. La concepción de Lessig sobre la interpretación fidedigna rechazaría rotundamente dicho corolario colocándose así en un terreno intermedio entre el entendimiento del control judicial de constitucionalidad al modo de un 'seminario nacional permanente de filosofía moral', y el originalismo estático o 'anquilosante' incapaz de conciliar el dinamismo

⁷³¹ Ibid., pp. 1214, 1252-1253. Aunque hoy creamos que un legislador unicameral tiene ventajas frente al bicameralismo, la humildad estructural nos prevendría de tomar en cuenta tal presuposición política original para traducirla a lo que hoy son nuestras asunciones sobre la materia.

⁷³² Lessig, 1993, pp. 1254-1255.

con la fidelidad⁷³³.

⁷³³ Ibid., pp. 1257-1260, 1264.

CAPÍTULO VI: Originalismo y autorestricción

6.1 Introducción: la regla Thayer

En este último capítulo corresponde explorar la última versión del originalismo que anuncié en la conclusión del apartado 5.5, de acuerdo con la cual, los jueces constitucionales deben actuar bajo el principio de presunción de constitucionalidad de las normas emanadas del legislador⁷³⁴. Este criterio de legitimidad resulta del entendimiento de que la Constitución es un texto fundamentalmente compuesto por principios y no por reglas, con lo cual se concede al representante de la soberanía popular un amplio terreno en el que moverse políticamente. Se trata, como hemos visto en el capítulo anterior, de una presunción derivada del deber ético de humildad que los traductores fieles han de observar en el ámbito de la interpretación jurídico-política. Y esa suerte de actitud modesta por parte del aplicador, podría justificarse porque este practica un balance de razones refinado; asume ese modelo que Schauer denomina positivismo presuntivo, según el cual los aplicadores constitucionales sólo deberían rebasar el resguardo de las formulaciones lingüísticas constitucionales cuando no haciéndolo se obtiene un resultado severamente erróneo⁷³⁵.

⁷³⁴ Vid., Aragón, *supra* nota 164. En el ámbito de la jurisprudencia constitucional española, fue posiblemente en la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley despenalizadora de la interrupción voluntaria del embarazo en determinados supuestos, en la que este principio fue más rotundamente invocado (en los votos particulares de los magistrados Arozamena, Díez-Picazo, Tomás y Valiente, Latorre, Díez de Velasco y Rubio Llorente; vid., STC 53/1985 de 11 de abril).

⁷³⁵ Vid., Schauer, 1993, pp. 823-824, y 1987, p. 49. Recuérdesse que como indiqué en 5.4.2 (vid., *supra* nota 680) comparto la tesis de Bayón sobre la indistinguibilidad entre el positivismo presuntivo y el particularismo sensible a las reglas. La justificación del positivismo presuntivo podría apoyarse en el planteamiento de Ely que, como se indicó en el capítulo 1 (vid., *supra* nota 162) y a partir de la sentencia *United States v. Carolene*, contempla el control de constitucionalidad como un escrutinio de mera racionalidad de la legislación salvo cuando esta pretende minar el procedimiento democrático o está basada en el prejuicio irracional frente a alguna minoría. La deferencia o

El control de constitucionalidad que habrían de practicar los jueces sería por tanto de 'estricta' (o 'mera') racionalidad de acuerdo con la, ya canónica, regla formulada por Thayer a finales del siglo pasado, y en la que se apoyan los originalistas partidarios de la autorestricción o deferencia.

En los propios términos de Thayer, los jueces constitucionales han de proceder a la anulación de las leyes sólo,

Incluyendo aquellos que tienen el derecho de hacer las leyes no han cometido un mero error sino un error muy claro-tan claro que no está sujeto a la inquisición racional. Este es el patrón de deber bajo el que los tribunales enjuician los actos legislativos; ese es el test que aplican-no meramente su propio juicio sobre la constitucionalidad, sino su conclusión acerca de qué juicio es permisible que haga otro poder al que la Constitución ha investido con el deber de hacer. Esta regla reconoce que, tomando en consideración las grandes, complejas y nunca del todo claras exigencias del gobierno, mucho de lo que sería inconstitucional para un hombre, o colectivo, puede razonablemente no serlo para otros; que la Constitución frecuentemente admite distintas interpretaciones; que hay frecuentemente un margen de elección y juicio; que en tales casos la Constitución no impone sobre el legislador una opinión específica, pero deja abierto ese margen de opción que cualquier alternativa racional es por tanto constitucional⁷³⁶

Y más adelante, concluye: **"Illa cuestión definitiva no es cuál es el**

autorestricción sería por ello una virtud del tribunal de carácter pasivo, en expresión afortunada de Alexander Bickel, recuperada ultimamente por Sunstein (vid., 1996, p. 51). Pasividad virtuosa pues esos usos 'constructivos del silencio' promueven metas colectivas consideradas valiosas, como la democracia; vid., Sunstein, 1996, p. 7. En sus propias palabras: "[e]l minimalismo puede ser implementador de la democracia no sólo en el sentido de que deja abiertas algunas cuestiones a la deliberación democrática, sino también y más fundamentalmente en el sentido de que promueve la aportación de razones y asegura que ciertas decisiones importantes son hechas por los actores democráticamente responsables. Algunas veces los tribunales afirman que el legislador, y no el poder ejecutivo debe adoptar determinadas decisiones; algunas veces los tribunales tienen cuidado al garantizar que razones legítimas realmente subyacen a las leyes recurridas. Al hacerlo así, los tribunales son minimalistas en el sentido de que dejan abiertas las interrogantes constitucionales más fundamentales y difíciles; también intentan promover la responsabilidad y deliberación democráticas. Estoy sugiriendo pues una forma de minimalismo que es auto-conscientemente conectada con el principio liberal de legitimidad"; vid., 1996, pp. 7-8.

⁷³⁶ Vid., 1893, p. 144 (énfasis mío).

verdadero significado de la Constitución, sino la sostenibilidad de la legislación⁷³⁷.

La apuesta por la humildad de Lessig que expuse en 5.5 es objetable para Larry Alexander por dos razones concatenadas. En primer lugar porque niega la posibilidad del error de la autoridad normativa en sus determinaciones fácticas o valorativas (y por cierto, nos dice, la discernibilidad entre ambas no es tan evidente como se desprende del planteamiento de Lessig, olvidando que muchos desacuerdos axiológicos son reducibles a discrepancias sobre hechos o errores en el razonamiento). Por ello, segunda razón de la censura, se hace de la diferencia entre lo que las autoridades determinaron debe hacerse y lo que, a la luz de los hechos, debieron haber determinado, una imposibilidad conceptual⁷³⁸. Lo que subyace es, como se apuntó con anterioridad (vid., supra nota 700), la imposibilidad derivada de distinguir entre autoridad normativa e intérprete. Podemos, bien porque describimos en un nivel de abstracción adecuado sus pretensiones o bien porque asumimos una posición escéptica acerca de la plausibilidad de afirmar lo que esos propósitos hubieran podido ser en otras circunstancias, difuminar la distinción entre lo que se hizo y lo que se debió haber hecho, y de esa forma acabar con la genérica naturaleza paradójica de la autoridad que nos obliga a un compromiso con razones que pueden ser conflictivas entre sí⁷³⁹. Pero, como afirma

⁷³⁷ Ibid., p. 150 (énfasis del autor).

⁷³⁸ Vid., Alexander, 1995, pp. 371-375.

⁷³⁹ Se trata de la conocida como paradoja de Wollheim; Vid., Richard Wollheim, 1972, pp. 76-79 (refiriéndose a la democracia, Wollheim apunta cómo el partidario de la misma se enfrenta al doble compromiso-conflictivo-entre su creencia de que su elección individual debe implementarse y que también lo debe ser la opción mayoritaria no coincidente con la primera).

Alexander, "[S]i al interpretar las prescripciones de la autoridad podemos dispensar lo que han determinado debe hacerse en favor de lo que ahora creemos habrían debido haber determinado, podemos eliminar la paradoja. Por supuesto, al hacerlo así efectivamente eliminamos a las autoridades *qua* autoridades..."⁷⁴⁰

De las palabras de Alexander se desprende que (1) debe ser posible diferenciar entre lo que *se hizo* y lo que *se debió haber hecho* para que autoridad e intérprete puedan constituir, digámoslo así, dos centros de imputación diferenciados. Ello tiene como consecuencia que debe ser constatable que en ocasiones las autoridades se han equivocado, pero (2) una actitud de corrección nos coloca nuevamente ante la eliminación conceptual de la autoridad.

Esta alternativa trágica es la que propongo llamar 'dilema del originalismo'; las páginas que siguen se dedicarán a su análisis.

⁷⁴⁰ Vid., Alexander, 1995, p. 378, n. 64 y en la misma línea Lee, 1989, p. 400.

6.2 Intención y concepción 'servicial' de la autoridad

Una de las conclusiones a las que nos condujo el análisis de la distinción entre los mandatos y la legislación bajo las coordenadas de la fórmula griceana y su lectura por parte de MacCormick y Bankowski (vid., supra capítulo 3), es que precisamente por concebirse la Constitución como un acto de habla informal (pues por razones lógicas su identificación no puede anclarse en la formulación de un mandato previo), el recurso a las intenciones del emisor se hacía particularmente necesario.

Hasta ahora, he explorado la versión austera de ese intencionalismo en la forma de la Tesis de la Intención Autoritativa de Raz, y el apéndice de la lectura conservadora del derecho (vid., supra). En este capítulo es mi propósito describir la justificación más profunda, ya anunciada, del modelo conversacional esgrimido por Raz y Marmor, y que pende de su forma de justificar la autoridad. Y lo hago pues el objetivo de las próximas páginas es mostrar que, de esa manera, el originalismo se convierte en un recurso autofrustrante. Pero para llegar a esa conclusión habremos de recorrer pausadamente los meandros argumentativos que se encierran en la conocida como concepción servicial de la autoridad de Raz⁷⁴¹.

En efecto, una defensa del recurso a la intención de la autoridad más robusta de lo que auspicia la tesis de Marmor (que vaya más allá del papel conceptual de las

⁷⁴¹Sobre la justificación raziana de la autoridad, además de la obra de Juan Carlos Bayón (*La normatividad del derecho...* cit) en la literatura en castellano puede consultarse el reciente trabajo de Ángeles Ródenas Calatayud, 1996, esp. pp. 143-220.

intenciones como meros identificadores de normas jurídicas⁷⁴²) o la versión mínima que representa la primera subtesis de la Tesis de la Intención Autoritativa defendida por Raz, podría sustentarse, *prima facie*, a partir de la caracterización de la autoridad legítima que ambos manejan. Una alianza o coalición esta entre ambas tesis que Heidi Hurd ha descrito como 'natural'⁷⁴³.

La preferencia por el intencionalismo en la interpretación del derecho, afirma Marmor, deriva de las razones que tengamos para obedecer los dictados de la autoridad⁷⁴⁴. ¿Cuándo dispondríamos de esas razones? lo que es lo mismo que inquirir: ¿bajo qué condiciones hemos de reputar *legítima* a la autoridad? Esta es la pregunta que Raz ha pretendido responder mediante (1) su intelección de la autoridad como *servicio* y (2) la tesis de la *justificación normal* de la misma.

Lo que acucia a todo aquel partidario (como Raz), de lo que Juan Carlos Bayón ha llamado 'concepción standard de la autoridad legítima' (y que rezaría: aceptar que alguien es una autoridad legítima es aceptar que tiene derecho a mandar y que se le debe obedecer con independencia de cual sea el juicio propio acerca de las razones a favor y en contra de lo prescrito) es mostrar de qué modo es racional por parte de los destinatarios mantener dicha actitud⁷⁴⁵, sin perder de vista que el juicio de deber hacer lo prescrito es *dependiente* de la formulación del

⁷⁴²Vid., Marmor, 1992, pp. 105, 155.

⁷⁴³Heidi Hurd, 1995, p. 406. Vid., igualmente Waldron, 1995, p. 330.

⁷⁴⁴Vid., Marmor, 1995, pp. 304-305.

⁷⁴⁵Vid., Bayón, 1991, pp. 602-603, 618-619 y Raz, 1986a, pp. 25-28.

mandato por parte de la autoridad. De otra forma, es decir, si la acción ordenada es debida *en todo caso*, los mandatos de la autoridad serían irrelevantes o no generadores de nuevas (no preexistentes) razones para la acción. Nos taparíamos entonces con la dificultad que Nino ha denominado 'paradoja de la irrelevancia moral del gobierno o del derecho' (vid., supra capítulo I). Así ocurriría si asumiéramos la que Raz llama 'concepción del reconocimiento (*recognition*) de la autoridad'. Según ésta, aceptar una preferencia como autoritativa es considerarla como una razón para creer que uno tiene una razón para actuar tal y como se le ordena. Como ya sabemos no hablaríamos propiamente en tal caso de autoridades prácticas sino *teóricas*. Bajo esta concepción, considerar a alguien como autoridad no lleva aparejado un correlativo deber de obediencia y no afecta a las razones para la acción del destinatario. Conduce, afirma Raz, a la tesis que, como se indicó anteriormente, la concepción standard ha de sortear y que Raz denomina de la 'no diferencia': no habría nada que los destinatarios deban hacer como resultado del ejercicio de la autoridad que no tuvieran que hacer independientemente de dicho ejercicio, sino que tienen meramente nuevas razones para *creer* que ciertos actos estaban prohibidos o eran obligatorios⁷⁴⁶. Con dicha tesis del reconocimiento ya estamos familiarizados pues fue descrita en el capítulo 4.

En el polo opuesto encontraríamos la que Raz llama 'concepción

⁷⁴⁶Vid., Raz, 1986a, pp. 29-31. Tampoco bajo esta concepción cabe explicar el papel de la autoridad en la resolución de los problemas de coordinación (pp. 30-31). Como indica Bayón: "Demostrar la relevancia práctica de la autoridad es demostrar de qué modos podría resultar falsa la tesis de la no diferencia, es decir, de qué modos sería posible que a raíz de la formulación de una prescripción por parte de una autoridad los destinatarios de la misma tuvieran una razón moral para hacer lo prescrito *que no tenían* con anterioridad y que no habrían llegado a tener si, *ceteris paribus*, aquella prescripción no hubiese sido formulada"; vid., 1991, pp. 604-605, (énfasis suyo).

inspiracional' (*inspirational*, típica de la reverencia fideísta o religiosa) que resulta ser, por contra, demasiado exigente pues nos compromete con la afirmación de que el ejercicio de la autoridad se da cuando el destinatario guía su conducta exactamente por las mismas razones que las que detenta el emisor de la orden⁷⁴⁷. Tal actitud vendría dada por el reconocimiento de la naturaleza de la persona que tiene autoridad. Este es, como se dijo antes, el contexto propio de las relaciones afectuosas o amorosas y de las basadas en la teodicea⁷⁴⁸, no cumpliéndose entonces la segunda condición que Raz entiende ha de respetar una visión adecuada de la autoridad práctica legítima. Según ella ('tesis de la dependencia') todas las ordenes de la autoridad han de basarse en razones que previa e independientemente se aplican a los destinatarios y que son relevantes para su acción en las circunstancias del caso cubierto por la directiva. La tesis de la dependencia tiene por ello carácter moral pues versa sobre el modo en que las autoridades deben usar su poder normativo, imponiéndoles la exigencia de ser racionales y morales, ya que entre las razones que aquella ha de contemplar no figuran sólo los intereses de los destinatarios (razones prudenciales) sino también las razones últimas o de naturaleza moral que los mismos tengan⁷⁴⁹.

Lo cual no quiere decir que las determinaciones de la autoridad son vinculantes sólo si reflejan adecuadamente las razones de las que dependen. Al

⁷⁴⁷Vid., Heidi Hurd, 1995, pp. 407-408.

⁷⁴⁸Vid., Raz, 1986a, pp. 32-33.

⁷⁴⁹Ibid., p. 53. Como apunta Bayón, en consonancia con la opción 'internalista' de las razones para la acción que él defiende, dichas razones morales son razones para actuar que tiene el destinatario no desde el propio punto de vista de éste, sino desde el punto de vista de la autoridad; vid., 1991, pp. 639-640.

contrario, no hay razones para disponer de autoridades a no ser que sus determinaciones sean obligatorias incluso si resultan ser erróneas. Si cada vez que una directiva yerra y por no reflejar adecuadamente el balance de razones pudiera ser desafiada, la ventaja que se gana en la aceptación de la autoridad como una guía mas confiable y exitosa para la recta razón desaparecería⁷⁵⁰. Con ello Raz defiende una interpretación maximalista de la condición de 'suspensión o postergación del juicio' por parte del destinatario (típicamente postulada en las definiciones de la autoridad), según la cual se acepta obedecer incluso si se cree que el balance de las razones sobre los méritos del caso recomienda actuar en contra de lo ordenado. Ahora bien, ello no implica postergación o suspensión del juicio en el sentido de 'abstenerse' de enjuiciar. La razón que genera la autoridad es una *razón protegida*; no es una más a sopesar junto con el resto que se tuvieran previamente sino una que excluye y reemplaza (*pre-emptive reason*) a algunas de las razones previas y al mismo tiempo una razón para hacer lo ordenado⁷⁵¹.

⁷⁵⁰Raz, 1986a, pp. 47, 61.

⁷⁵¹Vid., Raz, 1986a, pp. 40-42. Vid., también, Bayón, 1991, pp. 633-634. La noción de 'razón excluyente' fue sugerida por Raz en 1978, pp. 128-143. Se basa en la distinción entre razones de primer y segundo orden. En algunos contextos simples, indica Raz, el razonamiento práctico se desarrolla mediante el modelo de balance entre los pesos de las distintas razones para hacer o no hacer presentes en el caso. Ese esquema intuitivo de resolución de conflictos prácticos no se adapta bien a ciertas situaciones, como las que presentan costes de deliberación (el agente no cuenta con todo el tiempo preciso para reflexionar adecuadamente sobre lo que hacer), así como cuando, como punto final de una consideración de todos los factores, adoptamos la decisión de hacer algo en el futuro, y finalmente al supuesto de las reglas. Lo que tenemos en estos tres ámbitos es una razón de segundo orden para no actuar según el balance de razones de primer orden (es decir, de acuerdo a los méritos del caso). Hablaríamos entonces de una razón de segundo orden negativa o excluyente (puede existir también una razón de segundo orden positiva que recomendaría, precisamente, actuar conforme a dicho balance; *ibid.*, pp. 129-141). Como ha señalado Juan Carlos Bayón, la propuesta de Raz de considerar las reglas como razones protegidas (de primer orden y excluyentes) obedece a la idea de que, en caso contrario, las razones para disponer de autoridades o los propósitos que con la existencia de las mismas pretendemos implementar se frustrarían. Pero en puridad, a lo que conduce la lógica de dicha argumentación (que Bayón denomina 'de la justificación') es a entender, como veremos posteriormente, que lo prescrito por la autoridad funciona como razón absoluta. Una evitación de ese contraintuitivo corolario pasaría, apunta Bayón, por la difuminación entre los dos niveles u ordenes de razones; sobre todo ello, *vid.*, 1991, pp. 529-530, 536-538.

La introducción de la tesis de la dependencia habría colocado la aproximación de Raz bajo la sospecha de contradicción, pues aquella parece conllevar la tesis de la no diferencia. La tesis del reemplazo (la estipulación de la regla de la autoridad como razón protegida) evita precisamente ese resultado. La 'diferencia' que aporta el mandato de la autoridad es el carácter perentorio o reemplazante de las razones que genera sobre las que el destinatario tuviera ya previamente⁷⁵². Pero si aun así todo, estas últimas han de ser consideradas por la autoridad según exige la tesis de la dependencia, ¿en qué casos o bajo qué condiciones hay un reemplazo plausible? Ello equivale a preguntarse por las circunstancias bajo las cuales el destinatario cumple mejor el balance de razones que le son aplicables si sigue los dictados de la autoridad que si intenta él comprobar los méritos del caso. Responder a estas preguntas, nos sugiere Raz, es la forma 'normal' de justificar la autoridad ('tesis de la justificación normal') bajo el presupuesto de nuestra común intuición según la cual la autoridad tiene como función servirnos (concepción 'servicial' de la autoridad)⁷⁵³. En palabras del propio Raz: "Illa forma normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra supone mostrar que el destinatario probablemente cumplirá mejor con las razones que se aplican a él (distintas que las directivas de la autoridad) si acepta las directivas de dicha autoridad como vinculantes y las intenta cumplir, que si trata

⁷⁵²Raz, 1986a, pp. 58-60. La tesis del reemplazo se postula además para evitar el 'doble recuento' de razones en el que podría verse envuelto el sujeto a la autoridad (ibid) y por ese reemplazamiento de razones completas previas, sólo es predicable de las autoridades legítimas; id, p. 46.

⁷⁵³Raz, 1986a, pp. 55-56 y Bayón, 1991, pp. 638-639.

él mismo de seguir las razones que se le aplican directamente"⁷⁵⁴. Y ello es mostrable, nos dice Raz, en tres diferentes contextos: (1) cuando se trata de resolver un problema de coordinación, (2) en presencia de situaciones de interacción estratégica del tipo 'dilema del prisionero' (los sujetos actuando racionalmente, logran un resultado subóptimo⁷⁵⁵) y (3) siendo el caso que se da en la autoridad una mayor pericia o sapiencia en relación a lo que se deba hacer en determinado supuesto⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴Vid., Raz, 1986a, p. 53. Como ha destacado Bayón, la respuesta de Raz (tesis de la justificación normal de la autoridad y concepción 'servicial' de la misma) es importada del utilitarismo de reglas. En ocasiones, el intento de actuar según un cierto conjunto de razones resulta autofrustrante y por ello la racionalidad demanda el uso de estrategias indirectas, "[e]s decir, el abandono del intento de tomar la propia apreciación acerca de lo que resulta de aquellas razones como guía directa de la acción, teniendo sin embargo dicho abandono como resultado el mejor seguimiento de las mismas"; vid., 1991, p. 638. También es deudora, como ha señalado Eerik Lagerspetz, de las teorías de la racionalidad limitada de Herbert Simon; vid., "A Conventionalist Theory of Institutions", Helsinki, *Acta Philosophica Fennica*, pp. 65-67 (citado por Juan Carlos Bayón, 1997, p. 5, nota 3). Simon denomina 'teorías de la racionalidad limitada' (*theories of bounded rationality*) a aquellas que incorporan constricciones sobre las capacidades de procesar información de los actores y asumen la complejidad del cálculo (y correspondiente coste) de la elección del mejor curso de acción. Ambas restricciones no habrían sido tenidas en cuenta por los modelos de decisión económica *bernoullianos*, basados en la maximización de la utilidad esperada a partir de la cuasi perfecta información de los agentes. Bajo este modelo (que de acuerdo con Simon quedaría englobado en las teorías de la racionalidad ilimitada), no existen costes en el cálculo de optimización y la elección es gobernada por los axiomas de transitividad en la ordenación de preferencias, continuidad e independencia de alternativas irrelevantes; vid., Herbert A. Simon, 1972, pp. 162-164 y Tisdell, 1975, pp. 265-266. Ejemplificando su tesis a partir del juego del ajedrez, Simon entiende que el tipo de actuación descriptivamente adecuada que ha de predicarse de los agentes no es la optimización de objetivos sino la *satisfacción*. Los sujetos actúan y buscan cursos de acción sobre la base de 'niveles de aspiración' (*levels of aspiration*) revisables a la luz de los éxitos o fracasos en obtenerlos; vid., Simon, *ibid.*, pp. 165-170 y Tisdell, *ibid.*, p. 267.

⁷⁵⁵Una descripción muy ilustrativa de la estructura de este tipo de situaciones puede verse en Edna Ullman-Margalit, 1977, p. 23.

⁷⁵⁶Vid., Raz, 1986a, pp. 48-51. En el caso de la pericia, la idea resulta particularmente intuitiva: si la autoridad es un experto, es más racional seguir sus dictados que tratar nosotros de componer el balance de razones, cumpliendo entonces indirectamente lo que verdaderamente resulta de aquel; *ibid.*, pp. 67-69 e igualmente Hart, 1982, p. 261, que ya advirtió de cómo en ese contexto de mayor pericia es especialmente predicable el carácter de independencia del contenido de la razón que genera el requerimiento de la 'autoridad'. Por otra parte, Bayón ha llamado la atención de que para Simon (vid., nota anterior) la actitud de postergación del propio juicio y la deferencia a la autoridad es la estrategia más racional precisamente en los supuestos (1) y (3) que Raz menciona; vid., Simon, *Administrative Behaviour*, New York, Macmillan, 1957 (2ªed), pp. 125-139 (citado por Bayón, 1997, p. 5, n. 3). En todo caso, ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado Regan, la mayor pericia es una noción relativa; esto es, la autoridad será más experta en ciertas cuestiones frente a algunos sujetos-destinatarios que frente a otros. Lo cual lleva a la contraintuitiva conclusión de que la autoridad es 'autoritativa' de forma no genérica sino en diferentes grados; vid., 1989, p. 1019.

Pues bien, para que la teoría de la autoridad práctica legítima según la tesis de la justificación normal sustentara la apuesta por la interpretación intencionalista de la Constitución, habría que demostrar que efectivamente el constituyente es un mejor 'perito' o experto, que la Constitución tiene como objetivo la resolución de un problema de coordinación o bien que sirve para evitar situaciones del tipo 'dilema del prisionero'⁷⁵⁷. Como el propio Marmor indica y así expresé anteriormente, "Illa forma principal para justificar las razones para observar las intenciones del legislador implica exactamente las mismas consideraciones que se tienen en cuenta para vindicar el seguimiento de las directivas de la autoridad en primer lugar"⁷⁵⁸.

Me parece palmario que reducir la Constitución a un mero conjunto de normas que pretenden resolver problemas de coordinación o que persiguen evitar los resultados subóptimos que pudieran generarse en determinados contextos de interacción estratégica es claramente erróneo⁷⁵⁹. Más prometedora parece en cambio la indagación sobre la primera posibilidad. De acuerdo con Marmor, ese debe ser principalmente el supuesto en el que típicamente habremos de deferir a las intenciones de la autoridad: cuando las razones para reconocer la autoridad de otro se basan en su mayor pericia es lógico que tomemos en cuenta sus intenciones cuando la directiva que ha emitido no es clara y requiere ser

⁷⁵⁷Vid., Louis E. Feldman, 1992, pp. 1418-1419.

⁷⁵⁸Vid., Marmor, 1992, p. 176.

⁷⁵⁹Como afirma Juan Carlos Bayón, es dudoso que la resolución de los problemas de coordinación sea el cometido típico de las autoridades políticas, y con mayor razón, añadiría yo, el de los constituyentes; vid., 1991, pp. 674-675.

interpretada⁷⁶⁰. Cuantas más razones tiene uno para entender que la autoridad conoce mejor lo que debe hacerse, mayor peso habrá que adjudicar entonces a sus propósitos⁷⁶¹. Y este es un argumento que, como ha afirmado Hurd, resulta *prima facie* persuasivo: "Si el legislador funciona como una autoridad práctica en virtud de que es un mejor 'observador moral' de lo que lo son los ciudadanos y funcionarios, entonces ambos harán bien en cumplir sus prescripciones. Y cuando estas sean vagas o ambiguas, unos y otros deberán indagar en las observaciones morales que las motivaron. Deben buscar, esto es, los estados mentales habidos en los legisladores individuales en el momento de la adopción, pues la pericia que hace a las disposiciones legislativas vinculantes en el plano práctico presumiblemente reside en las creencias e intenciones que catalizaron a los legisladores individuales a actuar"⁷⁶².

Existen dos razones, de acuerdo con Hurd, para que entendamos que el legislador es un descriptor confiable de la realidad moral o, al menos, que lo es en mayor grado que otras instancias⁷⁶³. El primer argumento alude a la *motivación* de los miembros de la legislatura. Hemos de suponer, indica Hurd, que si un número suficiente de legisladores o constituyentes tratan de organizar la sociedad de modo óptimo, hay alguna esperanza de que tengan éxito. El segundo hace referencia a su *capacidad*. Un legislador elegido democráticamente puede

⁷⁶⁰Vid., Marmor, 1992, p. 178.

⁷⁶¹Ibid., p. 179; 1995, pp. 304-305.

⁷⁶²Vid., Hurd, 1995, p. 415. Vid., en la misma dirección, Waldron, 1995, p. 330 y Michael S. Moore, 1995, p. 12.

⁷⁶³ Vid., Hurd, 1990, pp. 1010-1011.

constituir un observador moral solvente en tanto en cuanto, "¡hay un gran número de individuos a la búsqueda del descubrimiento de los estados de cosas óptimos. Cuentan con amplias capacidades para la investigación sobre hechos a su disposición. Representan muy diferentes puntos de vista. Tienen fuertes incentivos para alcanzar acuerdos, pero no de forma que se ponga en peligro la resolución de los problemas basada en principios. Todas estos rasgos se combinan para hacer que los legisladores aparezcan como detentadores de una posición óptima, desde el punto de vista de la información, para funcionar como autoridades teóricas en relación con el contenido de las obligaciones morales, cuando están motivados para jugar ese papel"⁷⁶⁴.

Como ya se aludió colateralmente en el capítulo I, en los últimos años se ha propagado una defensa muy elaborada de la mayor pericia moral de la autoridad jurídica basada en la mayor confiabilidad del procedimiento democrático como forma de acceso a la 'corrección moral', que recoge y amplía los argumentos anteriormente esbozados de Hurd. De dicha tesis se han mantenido dos versiones: una, que podemos tildar de débil, que es la representada por el *constructivismo epistémico* de Carlos Santiago Nino y una segunda, más ambiciosa, difundida por Jeremy Waldron⁷⁶⁵ y basada en el conocido como *teorema de Condorcet*. Empezaré describiendo esta segunda.

⁷⁶⁴ Hurd, 1990, p. 1015.

⁷⁶⁵ Vid., 1993b, p. 412 y 1995, pp. 342-343.

6.2.1 El teorema de Condorcet

Bajo una concepción del proceso de toma de decisiones políticas como una empresa colectiva para el descubrimiento de la verdad, Condorcet intentó en el *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, aplicar el razonamiento matemático para resolver el problema general de la obligación política en el contexto de las instituciones representativas. Esto es, de responder a la pregunta: ¿bajo qué condiciones la probabilidad de que la decisión mayoritaria de una asamblea o tribunal sea verdad será lo suficientemente alta como para justificar la obligación del resto de la sociedad de aceptar tal decisión?⁷⁶⁶ La solución depende de dos variables: la probabilidad de cada individuo de alcanzar el *resultado correcto* de manera independiente y el número de los mismos que toman parte en la decisión. Si la primera excede del cincuenta por ciento (es decir, si en más de la mitad de los casos *aciertan* a dar con la solución *verdadera*), a medida que aumenta su número (de los que cuentan con esa media), se incrementa la probabilidad de que el resultado sea correcto, y a la inversa si la probabilidad de acertar de los individuos que componen la asamblea es inferior al cincuenta por ciento⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Vid., Keith Michael Baker, 1975, esp. pp. 228-237. De esta obra tomo las referencias al teorema y no directamente del *Essai*. En aquella se puede encontrar además una muy completa ilustración de los vericuetos históricos e influencias rousseauianas que condujeron a su alumbramiento. Al mismo también ha hecho referencia, además de Waldron, Rawls, 1971, p. 358; Brian Barry, 1995, pp. 148-149 y Carlos Santiago Nino, 1996, pp. 109-110, 127 y bibliografía secundaria en pp. 238 y 239.

⁷⁶⁷ Waldron, 1993b, p. 412. En términos formales, Arthur Kuflik ha expuesto que la probabilidad (P) de que el juicio independientemente obtenido por x miembros del grupo sea el correcto es:

$$\frac{(h \cdot k)!}{h!k!} v^h e^k$$

siendo $h+k=N$ (número de miembros del grupo), v la probabilidad de acierto y e la de error (siendo $v+e=1$). Esta expresión es equivalente a:

$$\frac{v^{h+k}}{v^{h+k} + e^{h+k}}$$

Evidentemente, la solución condorcetiana es merecedora de muy severas críticas. Su teorema probabilístico es, desde el punto de vista formal, impecable, pero fijémonos que el presupuesto de su aplicación pende no ya de que efectivamente los miembros de la asamblea u órgano decisor eventualmente dispongan de un porcentaje de acierto superior al cincuenta por ciento, sino de la idea de soluciones *correctas* o *verdaderas* acerca de las cuestiones ético-políticas⁷⁶⁸. ¿Qué querría decir en ese contexto acertar? Bajo la teoría condorcetiana subyace una visión metaética objetivista o realista que ya tuvimos ocasión de analizar en el capítulo 4.

6.2.2 El constructivismo epistémico de Nino

A lo largo de distintos escritos sucesivos en el tiempo⁷⁶⁹, Carlos Santiago Nino ha intentado defender una teoría ontológica y epistemológica sobre la moral (esto es, sobre la constitución de la verdad moral y el conocimiento de la misma), que dentro del marco general del constructivismo ético, pretende ser un *tertium datur* entre las posiciones de John Rawls y Jürgen Habermas, con las que ya estamos

Si tuviéramos un votante medio con una probabilidad de acierto del 51% y exigimos una mayoría del 51% para aprobar una ley, de un total de 100 miembros, la probabilidad de que esa mayoría haya alcanzado un resultado correcto es del 51'99% (de la fórmula anterior, $v=0'51$; $h=51$; $k=49$ y $e=0,49$; P por tanto es:

$$\frac{0'51^2}{0'51^2 + 0'49^2};$$

si la probabilidad media de cada votante fuera en cambio del 80%, P sería el 94'1%). Vid., Kuflik, 1977, pp. 305-306.

⁷⁶⁸ Vid., entre otros, Kuflik, 1977, pp. 306-307.

⁷⁶⁹ Vid., entre otros, 1989b, p. 103; 1991, pp. 119-120 y 1996, pp. 107-143.

básicamente familiarizados⁷⁷⁰. En ambos casos, y a diferencia del planteamiento subyacente en la tesis de Condorcet al que anteriormente aludí, se concibe que la verdad moral (en sentido lato) no tiene una correspondencia directa con suerte alguna de 'hechos morales' en el mundo, sino que deriva de los presupuestos formales o estructurales de la discusión moral. Los principios morales son válidos (o verdaderos) cuando pueden ser objeto de fundamentación racional, queriendo decir esto último, resultantes de una argumentación en la que se han observado los requisitos de imparcialidad, generalidad, universalizabilidad, publicidad y racionalidad.

Ahora bien, de acuerdo con Nino, esta primera descripción es demasiado gruesa. En puridad, la constitución de la verdad moral puede derivar de: (1) la satisfacción de las presuposiciones formales inherentes en el *razonamiento práctico de los individuos* (imparcialidad, racionalidad y conocimientos de los hechos relevantes) o bien de (2) los *presupuestos de una práctica discursiva colectiva* dirigida al logro de la cooperación y la evitación de conflictos, o (3) del *consenso que resulta de la práctica real* de la argumentación moral desarrollada cumpliendo ciertas restricciones procedimentales sobre los argumentos esgrimidos. Estas son, nos dice Nino, las tres tesis ontológicas del constructivismo. Rawls, según él, habría asumido la primera y Habermas la última.

Una parecida demarcación es la que establece en lo que hace a la epistemología moral del constructivismo; las tres versiones serían las siguientes:

⁷⁷⁰ Vid., supra 1.1.1 y 1.1.2

(1) el conocimiento de la verdad moral se logra exclusivamente mediante la *reflexión individual*, siendo la discusión con los demás un accesorio útil para dicha reflexión; (2) *la argumentación y toma de decisiones de manera intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral*, en tanto en cuanto el intercambio de ideas y la necesidad de aportar justificaciones en favor de nuestras posiciones amplía nuestro conocimiento y revela nuestros defectos argumentativos, satisfaciendo así el requisito de imparcialidad para con los intereses de todos. Ello no excluye que mediante la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, si bien este método es mucho más falible precisamente por la dificultad de representarse adecuadamente los intereses de los demás y de mantener la imparcialidad, y (3) *la única vía de conocimiento de la verdad moral es la discusión y decisión colectiva*, puesto que el razonamiento práctico monológico resulta en todo caso partisano. Sólo el consenso real logrado tras un debate amplio, carente de desigualdades, exclusiones o manipulaciones, aporta un acceso confiable a los principios de la moralidad. Al igual que antes, Rawls mantendría la primera tesis y Habermas la tercera⁷⁷¹.

Tanto en el ámbito ontológico como epistemológico, las posiciones intermedias representadas por (2), conjugan, afirma Nino retóricamente, 'lo mejor de los dos mundos', constituyendo, su combinación, la teoría metaética más plausible: el 'constructivismo epistémico'⁷⁷². En lo que hace a la esfera de la

⁷⁷¹ Vid., Nino, 1996, pp. 112-115.

⁷⁷² Ibid., pp. 115, 117 y 1991, p. 119.

constitución de la verdad moral, Nino arguye frente a Rawls, cómo la inclusión de la dimensión social o colectiva de la argumentación práctica enjuga la crítica relativista, dando cuenta de las variaciones históricas del modo de argumentación moral y el desarrollo y mutación de los principios, pero sin llegar a caer en la confusión (en la que incurriría Habermas al defender la subtesis 3) de las nociones de validez y observancia, pues, de hecho, algún consenso real puede ser descalificado bajo el postulado de universalización⁷⁷³.

Pero el problema, sobre todo, de la posición habermasiana, es que tal y como resulta caracterizada, o bien en realidad los principios morales válidos o verdaderos son *previos*, con lo cual no derivan de discusión (y consiguiente acuerdo) alguna o, alternativamente, la *argumentación no tiene como propósito establecerlos*. Veamos por qué.

De acuerdo con Habermas, lo que se discute son pautas de comportamiento generalizables, es decir, principios morales que todos podrían asumir, y sobre los que se consensúa no de cualquier forma, sino tras una deliberación que, como ya sabemos, ha de satisfacer ciertos requisitos. Ahora bien, si la validez depende de ese resultado final, ¿qué sería lo que los participantes en la discusión llevan a la misma?; ¿con qué tipo de *razones* defenderían sus posiciones?⁷⁷⁴ Parece que de alguna forma los criterios de validez son antecedentes y que, por tanto, no es del

⁷⁷³ Vid., Nino, 1996, p. 114.

⁷⁷⁴ Vid., en sentido parecido la crítica de Ángeles Ródenas: la experiencia democrática, de acuerdo con los criterios de Habermas, sería ora autofrustrante, ora paradójica; 1996, pp. 244-248.

todo descartable que monológicamente pudiéramos determinar el contenido de ciertas normas morales que los satisfacen y que por tanto estarían *justificadas*⁷⁷⁵. Nino, en cambio, al mantener la tesis intermedia, evita las aporías en las que el planteamiento habermasiano incurre al vincular la corrección moral con consensos reales: que las presuposiciones del discurso moral (que incluyen principios morales sustantivos como la autonomía individual), sean el baremo en relación a las cuáles se define la verdad moral, permitiría explicar la práctica discursiva moral como un medio de conformar los resultados a aquellas dando margen al entendimiento de que en ocasiones (las menos) los individuos reflexionando aisladamente dan con principios morales justificados⁷⁷⁶.

En lo que respecta al dominio epistemológico, la teoría de Rawls impide de forma absoluta la existencia de autoridades. Si todos los individuos son igualmente capaces de determinar la corrección moral, no hay ninguna razón para seguir los dictados de la autoridad política (independientemente de su pedigrí democrático) cuando estos no coinciden con los resultados de nuestra reflexión aislada, resultando en todo caso superflua cuando sí se da tal coincidencia. Las consecuencias del planteamiento solipsista rawlsiano son el elitismo moral o la anarquía, mientras que la versión habermasiana nos situaría justamente en el polo opuesto: el *populismo moral*. Y ello, obviamente, porque se asume que la decisión apoyada por la mayoría es automáticamente correcta⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Vid., Nino, 1996, pp. 114-115; 1991, p. 118 y la pormenorizada crítica de Bayón; 1991, pp. 233-239.

⁷⁷⁶ Vid., Nino, 1996, p. 115.

⁷⁷⁷ Vid., Nino, 1996, pp. 115-116.

La democracia es el sistema de toma de decisiones que más se asemeja a la práctica de la argumentación moral celebrada bajo ciertas condiciones, de la que deriva, como acabamos de ver, la verdad o corrección moral, constituyendo al tiempo el método más confiable de conocer la misma. La democracia es la institucionalización del discurso moral; su 'sucedáneo'. No conserva todos los rasgos de éste; en particular, la regla de la mayoría reemplaza al consenso (con lo que la imparcialidad absoluta se torna imposible) y la decisión se obtiene tras una discusión sometida a constricciones temporales⁷⁷⁸. Pero aun así todo, es el procedimiento que *tiende* a producir de manera más confiable decisiones moralmente correctas⁷⁷⁹. Adecuando la tipología rawlsiana de la justicia procedimental a la luz del análisis que ha hecho Ángeles Ródenas, la democracia en Nino sería un caso de *justicia procedimental instrumental imperfecta*⁷⁸⁰. Lo cual

⁷⁷⁸ Ibid., pp. 116-118, y 1991, p. 120.

⁷⁷⁹ Es notoria la influencia del libro de William Nelson, *On Justifying Democracy*, en el planteamiento de Nino, como ha resaltado Ródenas (vid., 1996, pp. 228-229). Nelson afirma, ya en los primeros compases de su obra, que a diferencia de las defensas del valor de la democracia de tipo consecuencialista o utilitarista, él apuesta por una de carácter instrumental: "Arguyo en favor de una forma de gobierno representativo, pero lo hago sobre la base de que tiende a reconocer pretensiones morales justificables y desincentivar la expresión de pretensiones morales injustificables"; vid., William Nelson, 1980, p. 7, y en el mismo sentido, p. 96.

⁷⁸⁰ Ángeles Ródenas ha explicado exhaustivamente la evolución en el pensamiento de Nino para, desde una consideración inicial de la democracia como supuesto de justicia procedimental pura imperfecta, desembocar en la concepción de la misma como justicia procedimental *instrumental* imperfecta (vid., Ródenas, 1996, pp. 243-244). La división entre los tipos de justicia procedimental que estableció Rawls en *A Theory of Justice* (pura, perfecta e imperfecta) fue modificada por Nino de tal forma que los dos últimos tipos son análogos radicando su diferencia con la *justicia procedimental pura* en su carácter *instrumental*. Entre sí, la justicia procedimental *instrumental perfecta* e *imperfecta*, se distinguirían solamente por su mayor o menor fiabilidad en la tendencia a lograr el resultado justo de acuerdo con criterios independientes. También la justicia procesal pura sería escindible, de acuerdo con Nino, en *justicia procesal pura perfecta* e *imperfecta*. El discurso moral sería un caso de justicia procesal pura perfecta, y la democracia de justicia procesal pura imperfecta (las desviaciones del modelo perfecto se imponen por razones pragmáticas). Pero ello conlleva una visión ontológica de la misma. Las decisiones democráticas serían moralmente justificadas (la democracia sería el único sistema capaz de generarlas), siempre que el procedimiento no haya sufrido modificaciones sustanciales con respecto al discurso moral. La reflexión monológica no cabe: el procedimiento democrático sería constitutivo de la verdad moral. La mutación de la posición metaética de Nino, el tránsito del constructivismo ontológico al epistemológico, es decir, la inteligencia de que el discurso moral es un buen método, aunque falible, de alcanzar la verdad moral, provoca ahora, de acuerdo con la lúcida

quiere decir que la solución apoyada mayoritariamente (resultante de una discusión que se ha desarrollado satisfaciendo los análogos de los requisitos o presupuestos formales y estructurales de la argumentación moral⁷⁸¹), cuenta con una presunción de reflejar adecuadamente principios morales válidos: que su valor sea epistémico querría decir que las edicciones de un legislador democrático cuentan como razones para la creencia. En la concepción de Nino, sólo los principios morales proporcionan razones para la acción, y por tanto las normas de origen democrático contarían como "razones para creer que hay razones para actuar. Dado que hay razones para actuar como lo indican las razones para creer que hay razones para actuar, está moralmente justificado actuar de acuerdo a normas que han sido dictadas por el procedimiento de discusión y decisión colectivas, no obstante que nuestra reflexión individual nos pueda indicar razones en sentido contrario"⁷⁸².

Lo que este pasaje no revela del todo es, no ya si está moralmente justificado observar la decisión de la mayoría aunque creamos que esta no resulta moralmente correcta, *sino si lo estaría también no actuar de acuerdo a la misma*. Recuerdese que Nino, y en aras a situarse en ese terreno intermedio en el marco

reconstrucción de Ródenas, que la democracia haya de ser un caso de justicia procedimental instrumental imperfecta (siendo el discurso moral un tipo perfecto de justicia procedimental instrumental), en tanto en cuanto Nino pretende no aniquilar del todo la reflexión monológica como forma posible de conocer principios morales válidos. Esta caracterización permitiría conservar la coherencia en el modelo de Nino una vez que se pasa del constructivismo ontológico al epistemológico; vid., Ródenas, 1996, pp. 244-256.

⁷⁸¹ En esta idea se pueden oír nuevamente los ecos de la teoría justificativa de la democracia de Nelson; afirma éste que los test que una ley ha de pasar para ser adoptada en una democracia constitucional son análogos a los que un principio moral ha de superar para ser un principio moral aceptable; vid., 1980, p. 101.

⁷⁸² Vid., Nino, 1991, p. 121 y 1992, p. 34.

del constructivismo, admite que en ocasiones, de manera monológica, los individuos pueden conocer principios válidos. En tal caso, parecería que sí hay circunstancias, aunque pocas, en las que el no seguimiento está justificado: cuando el resultado alcanzado por la discusión y decisión colectiva no concuerda con aquellos porque, podemos suponer, no se han respetado satisfactoriamente las constrictiones de la imparcialidad, igual acceso y defensa de las posiciones en el mismo etc., que no son sino los derechos *a priori* para el funcionamiento apropiado del mecanismo democrático que permite equipararlo con la argumentación moral y, por tanto, con las condiciones de constitución y conocimiento de la validez o verdad moral⁷⁸³. Ahora bien, si esto es así, no resulta fácil de entender, como ha destacado Bayón, el juego de la presunción de que la decisión de la mayoría es acertada pues: "Isi un individuo puede determinar por sí mismo (monológicamente) cuál sería ese resultado, las presunciones sencillamente están de más; y si no puede determinarlo no veo cómo puede revocarse la presunción"⁷⁸⁴. Y, añadiría yo, no se daría, en ningún caso, una inobservancia justificada (con lo cual la posición de Nino caería del lado del populismo moral habermasiano).

Y ello en definitiva, me parece, porque el planteamiento inicial del constructivismo epistémico está mal concebido. Reparemos en que, de acuerdo con Nino, dicha tesis intermedia establece que: "Illa validez moral de los juicios morales queda determinada no por los *resultados* del discurso real, sino por sus

⁷⁸³ Así lo ha manifestado expresamente Nino en su obra póstuma; vid., 1996, pp. 130, 138-139.

⁷⁸⁴ Vid., Bayón, 1991, p. 655 (nota 591 de p. 653).

presuposiciones, aunque aquellos resultados son una vía confiable para conocer las *presuposiciones*⁷⁸⁵. Creo que esta forma de ver las cosas adolece de la misma dificultad que la tesis habermasiana, pues si Nino, como así parece, está implicando que decisiones defectuosas desde el punto de vista moral nos sirven con todo para conocer las *presuposiciones* de la argumentación moral que, en este caso sí, constituyen la validez o verdad moral (tesis ontológica), queda envuelto en el más absoluto misterio la calificación inicial de *deficiente* del resultado alcanzado en la práctica real. ¿No será más bien que esa evaluación deriva del no cumplimiento de las *presuposiciones* o condiciones que, entonces sí, conocemos con carácter previo? Se puede argüir, como hace Nino, que las condiciones ideales de la deliberación moral nunca se cumplen satisfactoriamente, y que el parangón de la misma en la práctica es la democracia, pero ello no significa que la solución determinada por la mayoría nos ayude a descubrir las *presuposiciones* o restricciones del discurso moral implícitas en los principios morales válidos. Si, como también esgrime Nino frente a Habermas, la reflexión individual constituye asimismo una vía de conocimiento de la validez moral, las cosas funcionarían justamente al contrario.

También ese propio carácter imperfecto de la democracia al que acabo de aludir, en lo que hace a (1) su *funcionamiento* en la práctica en los sistemas que conocemos, así como a (2) el *ámbito* en el que se desarrolla, nos permiten dudar del alcance que Nino pretende otorgarle: la presunción epistemológica de la verdad moral de las ediciones del legislador democrático, y el entendimiento de

⁷⁸⁵ Vid., Nino, 1996, p. 111 (énfasis del autor).

que las mismas confieren a los destinatarios razones para creer que uno debe actuar según lo prescrito. En cuanto a lo segundo (el ámbito en el que opera el procedimiento de la regla mayoritaria), Bayón ha destacado que solamente el marco constituido por la globalidad del género humano (y no, por tanto, los ámbitos reducidos de algunos Estados nacionales en los que sí prima la regla de la mayoría para la adopción de decisiones políticas) permitirían sostener una pretensión tan ambiciosa. Puesto que a día de hoy este no es el caso, es decir, la postura mayoritaria que establecería la presunción epistémica de la verdad moral queda confinada a marcos mucho más pequeños (en los que somos sujetos de la obligación jurídica), y por tanto podría en puridad ser una posición minoritaria en relación al ámbito global de la humanidad, la conclusión que se seguiría es justamente que no se dan las condiciones para que como destinatarios hayamos de postergar o considerar no confiable nuestro propio criterio acerca de las razones para hacer o no hacer lo que esa mayoría (*nuestra y reducida*) dicta⁷⁸⁶. Y si no se da a día de hoy, ¿qué no decir del momento constituyente norteamericano, proceso en el que, como se apuntó en 5.4, participó menos del 5% de la población, y del que resultaron excluidos todo un género y una raza?

En definitiva, con el mismo prisma que nos aporta la sugerencia de Bayón en relación al problema que el ámbito del procedimiento plantea al constructivismo epistémico de Nino, podríamos contemplar la dificultad que ya fue sugerida de localizar al 'legislador-autoridad teórica' en la concepción no comunicacional del derecho de Hurd y llegar a consecuencias sorprendentes. Si de

⁷⁸⁶ Vid., Bayón, 1991, pp. 655-656 (nota 591 de la p. 653).

descripción más confiable de la 'realidad moral' que nos aporte razones para la creencia se trata, no sería extravagante, de acuerdo con los presupuestos normativos de Nino, la afirmación de un ciudadano de un Estado (llamémosle A) que acepta que la democracia es el sucedáneo del discurso moral y por ello entiende que, sobre determinada materia, encuentra que hay *más* razones para creer que uno tiene razones para actuar según los dictados de la autoridad de otro Estado (llamémosle B) en esa materia, que las que tiene para actuar (en sentido distinto) según lo prescrito por el legislador de A, en tanto en cuanto un mayor número de sujetos son representados en B, aunque él, precisamente, no lo sea.

Y es que en definitiva, si se repara bien, este supuesto (quizá extravagante) está articulado en torno a conceptos que para la visión hurdiana del Derecho como descripción habrían de resultar ininteligibles; concretamente el binomio Estado (monopolio de la coerción)-ciudadano (sujeto de derechos y obligaciones).

6.3 La pericia del constituyente. El dilema del intencionalismo

Pero supongamos, por proseguir con el argumento⁷⁸⁷, que es posible, bajo el modelo epistémico de Nino, que el procedimiento mayoritario que ha respetado las condiciones estructurales del discurso moral nos permite hablar de una mayor pericia por parte del constituyente. En tal caso, no es en absoluto equivocado inquirir, ante un caso de duda, acerca de sus propósitos. Así lo ha mantenido expresamente Nino: "Si asignamos valor epistémico a la discusión y al consenso democrático ese valor queda radicado no en un texto o una práctica social sino en el contenido proposicional que ha sido objeto de discusión y de consenso. Por lo tanto, las intenciones de quienes proponen las normas y las actitudes proposicionales de quienes las aceptan son relevantes para determinar el significado de un texto o de una práctica que es el que goza-no el texto o la práctica mismos-de la presunción de validez que les otorga el procedimiento democrático"⁷⁸⁸. El problema entonces es que tal deferencia a los propósitos por parte del intérprete o bien resulta autofrustrante para la tesis de la autoridad que abona tal deferencia, o alternatively conduce a admitir que el intérprete ha de comportarse irracionalmente. Veamos por qué.

La concepción de la autoridad como servicio (la conjunción de las tesis de la justificación normal, del reemplazo, de la dependencia y de la no diferencia) en un

⁷⁸⁷ Y olvidando atendibles afirmaciones como la de Bayón: "[d]eferir la decisión propia al juicio de un experto sólo parece aceptable en aquellos supuestos o esferas en los que uno juzga que es más importante alcanzar un resultado óptimo que decidir por uno mismo, lo que frecuentemente no es el caso en la clase de asuntos de los que suelen ocuparse las autoridades políticas"; vid., 1991, p. 646.

⁷⁸⁸ Vid., 1991, pp. 121-122.

contexto en el que se reconoce la mayor pericia del emisor de las reglas, podría llevar a considerar estas como reglas de 'experiencia' (*rules of thumb*). Si recordamos los supuestos que Raz proporciona en los que en la deliberación racional del agente se podría constatar la presencia de una razón excluyente (una razón de segundo orden negativa para no actuar según el balance de razones de primer orden, vid., supra 6.2), uno de ellos hacía alusión a la existencia de información incompleta o incertidumbre en el agente, y de costes de decisión de la toma en consideración de todas las razones de primer orden aplicables en el supuesto (costes del cálculo que, por su magnitud, puede hacer efectivamente irracional tratar de considerar todos los factores relevantes, pues exceden de los beneficios obtenibles de dicha deliberación completa). Bajo dichas condiciones, lo más racional para el agente es seguir una regla de experiencia que minimiza el riesgo de error y/o los costes de decisión. Algo así parece tener en mente Raz cuando caracteriza las reglas como proveedoras de razones excluyentes. ¿Pero operan de la misma aquellas y estas? O dicho en otros términos: aun admitiendo en líneas generales la concepción servicial de la autoridad, ¿es posible interpretar la relación entre las tesis de la dependencia, de la justificación normal y del reemplazo de forma tal que no nos comprometa con una descripción de las reglas emitidas por la autoridad como razones excluyentes?

La respuesta afirmativa ha sido dada por Donald H. Regan⁷⁸⁹ y contundentemente apoyada por Bayón a partir de la noción, elaborada por el primero, de 'regla indicativa' (*indicator rule*). Exploraré a continuación, de manera

⁷⁸⁹Vid., 1989, pp. 1002-1003, 1013.

sumaría, los argumentos aportados por ambos en favor de la concepción de las emisiones de la autoridad como reglas indicativas para de esta forma alcanzar a comprender mejor la alternativa fatal que al intencionalismo se le presenta y a la que anteriormente aludí.

Las reglas indicativas surgen de la experiencia de decisiones pasadas alcanzadas tras haber tenido en cuenta todos los factores relevantes. De tal forma que sobre categorías de casos similares, se van decantando soluciones típicas o generalizaciones acerca de lo que se ha de hacer. Estas orientarán la decisión de un agente en el futuro cuando posee información incompleta pero al menos sabe que se encuentra ante un supuesto perteneciente a la categoría de casos acerca de los cuales se ha comprobado que lo correcto es hacer una determinada acción. De acuerdo con la descripción de Regan, las reglas indicativas cubrirían una categoría intermedia entre las reglas de experiencia y las reglas *simpliciter*. Como las primeras, indicarían lo que con *mayor índice de probabilidad* es adecuado hacer en una situación de información imperfecta y de ahí que igualmente sean *fallibles*, pero, nos dice Regan, a diferencia de las reglas de experiencia (o en contraposición a muchas de ellas) son *vinculantes* en un *sentido fuerte*: en el sentido de que la racionalidad práctica recomienda adoptar el procedimiento de decisión que más permita acercarnos a la solución correcta, pero el objetivo que se persigue no es contingente o trivial sino un fin considerado obligatorio⁷⁹⁰. Son, frente a las reglas *simpliciter*, menos sustanciales, puesto que carecen de importancia intrínseca, en tanto en cuanto toman en cuenta factores o rasgos de la situación que no poseen

⁷⁹⁰Vid., Regan, 1989, pp. 1004-1006.

una significación moral fundamental o última (tendrían un carácter instrumental). Ello se muestra también porque su revisabilidad (tercer rasgo que las caracteriza junto con la falibilidad y vinculatoriedad, y que se explica por la posibilidad de refinar la categoría de casos de las que surgen) no se vincula ni refleja un cambio de perspectiva moral; acerca de los fines últimos que deben ser obtenidos⁷⁹¹. No son en último lugar, y este es el rasgo que más interesa a nuestros efectos, *ni absolutamente transparentes ni absolutamente opacas*⁷⁹².

Como a estas alturas ya sabemos por lo que fue explicado en el apartado 5.4.1 un individuo (el juez en nuestro caso) trataría a la regla como absolutamente transparente si considerara que sólo es racional hacer lo que la regla establece cuando se tiene la plena certeza de que eso es efectivamente lo que resulta del balance de razones; esto es, cuando así se implementa la justificación subyacente o propósito de la misma. De tal forma que, como indica Bayón, en ese supuesto la regla no juega papel alguno en la decisión sino que sólo sirve como punto de partida en la deliberación sobre la solución a aplicar, lo cual es una forma de operar que va justamente en sentido opuesto al modo en que se supone aconsejan las reglas indicativas. Por otro lado, entenderlas como absolutamente opacas implicaría considerar que se ha de hacer lo que las mismas disponen sin tener en cuenta en absoluto lo que resulte del balance de razones subyacentes verdaderamente aplicables al supuesto en cuestión. La regla indicativa no

⁷⁹¹ 1989, pp. 1006-1009 (una regla *simpliciter* que si tendría ese carácter de significación o importancia moral intrínseca es la que obliga a cumplir las promesas) y Bayón, 1991, pp. 515-518.

⁷⁹² *Ibid.*, pp. 1010-1013. La semejanza de las reglas indicativas con los imperativos 'hipotético-assertóricos' kantianos ha sido indicada por Ángeles Ródenas; vid., 1996, pp. 173-174.

recomienda tampoco la opacidad o 'ceguera', de tal forma que, si realmente se dispone de la posibilidad de contrastar ese balance (por no existir incertidumbre o costes de decisión no racionalmente asumibles) y de este emerge una solución distinta a la indicada por la regla de experiencia, lo racional no sería guiarse por esta última. Y ello es así porque, en definitiva, las reglas indicativas no constituyen en sí mismas razones de ninguna clase sino estrategias racionales de toma de decisiones en contextos de información imperfecta o cuando están presentes costes de decisión que exceden los beneficios de abordar una deliberación refinada⁷⁹³. En definitiva y tal y como concluye Bayón, "la adopción y seguir 'reglas de experiencia' como reglas absolutamente transparentes sería *inútil*, y adoptarlas como reglas absolutamente opacas sería *irracional*..."⁷⁹⁴.

La segunda alternativa es la que habría asumido Raz cuando caracteriza las reglas emitidas por la autoridad como razones excluyentes (o con más precisión, como razones protegidas) en un contexto en el que asumiéramos su mayor pericia⁷⁹⁵. Y ello porque, recuérdese, aunque de acuerdo con la tesis de la dependencia, las directivas de la autoridad han de basarse en las razones aplicables en el caso, ello no conduce a postular que aquellas sólo son vinculantes si reflejan de forma apropiada el balance de razones. La idea es que, en caso contrario, no habría ventaja alguna en disponer de autoridades prácticas como ocurriría si en

⁷⁹³Vid., Regan, *supra* notas 788-792 y Bayón, 1991, pp. 519-520.

⁷⁹⁴Bayón, 1991, p. 520 (itálicas suyas).

⁷⁹⁵Vid., en este sentido, Bayón, 1991, p. 521 y Regan, 1989, pp. 1014-1018 (si bien con más cautelas con respecto a la conclusión de que Raz defienda una concepción de las reglas de la autoridad como absolutamente opacas para el destinatario).

cada ocasión revisáramos la deliberación y solución subsiguiente alcanzada por aquella. Como antes indiqué, se defiende por tanto una concepción maximalista de la postergación del juicio por parte del destinatario⁷⁹⁶, que para el caso del intérprete o aplicador del derecho recomendaría la adopción de un modelo de decisión basado en reglas y que, recordemos, de acuerdo a Schauer tomaría a estas como protegidas o resguardadas frente a su justificación o 'rationale' subyacente (vid. supra 5.4.1). Es decir, le estaría vedada esa suerte de 'segunda averiguación' (*second-guessing*) en aras a la implementación de la meta que el legislador o constituyente perseguía al establecer la norma⁷⁹⁷.

Pero no parece que sea esta la opción del intencionalista que favorece la toma en consideración del propósito o intención de la autoridad con carácter prioritario, sino más bien la de la intelección de las directivas como reglas indicativas sin peso específico (como absolutamente transparentes), que en tal caso conduce a abrazar un modelo de decisión de carácter 'particularista' y al abandono de la solución canonizada por el legislador o constituyente cuando el intérprete constata que se ha seguido de una deliberación o razonamiento inapropiado. O cuando, podemos suponer, no resulta causalmente eficaz para el logro del objetivo, propósito o justificación subyacente, o este mismo puede ser tildado de irracional o inadecuado⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶Vid., supra 6.2 y Bayón, 1991, pp. 643-645.

⁷⁹⁷Vid., Hurd, 1995, p. 416.

⁷⁹⁸ "¿Cuál sería si no la tesis del originalismo?", se pregunta legítimamente Waldron; vid., 1995, p. 351.

Permítaseme ilustrarlo con un caso concreto que procede del derecho español. Me refiero al Real Decreto-Ley 2/85 de 30 de abril de 1985 (BOE de 9 de mayo de 1985) que en su artículo 9 establecía que los arrendadores de vivienda no estaban sometidos a la obligación de prórroga forzosa tal y como preveía la antigua ley de arrendamientos urbanos de 1964 (Texto refundido de 24 de diciembre de 1964, artículo 57) si así se declaraba expresamente en el contrato de arrendamiento. Tomemos los propósitos que persiguen los que aprobaron ese decreto-ley. Supongamos que el área de solapamiento o resultante de los que cada uno individualmente concibe está compuesto por tres pretensiones: (1) la primera sería, 'efecto jurídico pretendido' más inmediato: que el arrendador pueda instar al inquilino a abandonar la vivienda una vez cumplido el término del contrato; (2) en un nivel más general, que como consecuencia de esa previsión legal, y como así consta, pongamos por caso, en la exposición de motivos del decreto⁷⁹⁹, aumentara el número de viviendas disponibles para el alquiler, y (3) en el nivel más general, la pretensión del legislador era, como efecto de (2), que el precio de venta de la vivienda se viera abaratado. El legislador contempla ese conjunto de propósitos como coherente, pero una vez puesta en marcha la ley puede comprobarse que es instrumentalmente inadecuada. En ese supuesto, de ser privilegiada la pretensión más general el efecto que se produce es algo así como la constancia de la 'caducidad' o 'derrotabilidad' de la norma. Implementar un medio distinto, como antes sugerí, consistirá en ese supuesto en no aplicar la norma en cuestión

⁷⁹⁹Donde se lee: "[e]l mercado de arrendamientos no se caracteriza sólo por una oferta reducida y en retroceso desde hace décadas, sino porque los alquileres iniciales se fijan en unos altos niveles como consecuencia de que el propietario, al contratar, tiene presente la eventual indemnización que debe pagar al arrendatario para que acepte la rescisión del contrato. La reforma incluida en este Real Decreto-ley al aumentar la oferta reducirá la presión al alza de los alquileres con beneficio para el propietario y para el arrendatario, lo que permitirá satisfacer las necesidades de vivienda a una generación de jóvenes que, debido a la situación de bajo crecimiento, tienen dificultades para adquirir una vivienda..." (BOE de 9 de mayo de 1985)

(es decir, hacerlo en sentido contrario al 'efecto jurídico inmediato pretendido'). Es lo que ocurre, por ejemplo, para algunos autores en relación con la segunda enmienda de la constitución norteamericana. Parece bastante bien documentado que el objetivo de dicha enmienda, que confiere el derecho a tener y portar armas, era hacer frente con mayor efectividad, a través del establecimiento de una milicia, a posibles represalias británicas, o alternatively y por mor de la colocación de las fuerzas militares organizadas de los Estados fuera del control del gobierno federal, asegurar la posibilidad de impedir posibles restricciones por parte de éste en su derecho de resistencia armada⁸⁰⁰. Ambos objetivos parecen hoy extemporáneos. La interpretación de la norma, en un caso concreto, a través del criterio del propósito general de la misma conduciría al juez constitucional, cuando no a la derogación en la práctica de la misma, a una suerte de actualización que tendría al intérprete como protagonista de la decisión sobre la adecuación medios-fines del objetivo del constituyente en las circunstancias presentes.

Este tipo de actitud ha encontrado un especial eco en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana a partir de la interpretación de la cláusula del 'debido proceso' (*due process of law*) de la enmienda catorce de la Constitución. Curiosamente, ese aval de escrutinio de la legislación ordinaria que algunos jueces

⁸⁰⁰La divergencia en cuanto a la interpretación del alcance de la segunda enmienda enfrenta a las lecturas 'individualista' (la enmienda confiere un derecho individual, opción esta por la que se declaran partidarios, entre otros, Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf, *On Reading the Constitution*, Cambridge (Ma)-London, Harvard University Press, 1991, p. 11) o 'estatalista'-*state's right view*-(el derecho de tener armas no confiere un poder al individuo sino al Estado para disponer de una milicia). Vid, sobre el tema: Stephen P. Halbrook, "The Original Understanding of the Second Amendment", en *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Eugene W. Hickok (ed), University Press of Virginia, 1991, pp. 117-129, p. 117; Don B. Kates, Jr., "Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment", *Michigan Law Review*, Vol. 82, No 2, November 1983, pp. 204-273, pp. 206-220 y "Minimalist Interpretation of the Second Amendment", *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, op. cit., pp. 130-147.

han encontrado en dicha norma, ha recibido la más virulenta y firme oposición de los jueces más claramente militantes en favor del originalismo. En una línea jurisprudencial que arranca de la sentencia *Lochner v. New York*⁸⁰¹, la Corte Suprema entiende que la mención en la Constitución de que "ningún Estado privará a nadie de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso..."⁸⁰² impone a los Estados una exigencia de normación racional (o si se quiere, y en términos de la concepción de la autoridad práctica raziana, de actuación 'servicial'), y correlativamente la competencia del alto tribunal para visar que efectivamente se da tal adecuación (si bien la carga de la justificación que al legislador pesa varía en función de la naturaleza de la regulación legislativa de que se trate). En el ámbito socioeconómico basta con que el Estado muestre como, de manera no arbitraria o caprichosa, la promoción de determinados objetivos o políticas exige el sacrificio de algún interés individual (*liberty interest*). La Corte en ese supuesto se limita a comprobar la correlación racional entre medios y fines que informa la solución legislativa (*rational test*)⁸⁰³. En cambio, cuando lo que resulta afectado son derechos constitucionales considerados fundamentales, el escrutinio es mucho más exigente: el legislador ha de mostrar la existencia de una razón especialmente poderosa o persuasiva (*compelling reason*) que justifica dicha invasión. Es decir que, como ha destacado Richard Pildes, no nos hallamos entonces ante una

⁸⁰¹198 US 45 (1905).

⁸⁰²Enmienda XIV (sección I) de la Constitución de Estados Unidos.

⁸⁰³Jeffrie Murphy se ha referido a este examen mínimo (*minimal scrutiny*) como test 'basado en la no irracionalidad' (*not irrational basis test*) y que entiende especialmente diseñado para someter a consideración las políticas públicas característicamente utilitaristas. No así en cambio siendo el caso que hay derechos individuales vinculados a la dignidad de la persona involucrados; vid., 1986, pp. 145-148. Sobre la debilidad del mismo como límite al poder estatal también ha insistido Ronald Dworkin; vid., 1993, pp. 104-105.

ponderación entre bienes en conflicto (aquellos que vendrían representados por los derechos individuales frente a las necesidades colectivas), sino ante la delimitación de un conjunto de razones que resultan excluidas; que no pueden funcionar como justificación de la afectación de derechos y libertades fundamentales. La justicia constitucional constituiría un proceso de análisis cualitativo (de la calidad de las razones esgrimidas en las distintas esferas de actuación del poder público) más que cuantitativo (de medición o ponderación del peso de los intereses en conflicto)⁸⁰⁴. La retórica de los derechos fundamentales, o más concretamente, la insistencia en la definición de los mismos para así fijar sus contornos precisos y contenido 'esencial', ha oscurecido lo que para Pildes ha de ser la misión central de los jueces constitucionales: la definición de las justificaciones apropiadas del ejercicio de la autoridad política. Los derechos individuales, más que servir a la protección de la autonomía personal, serían el instrumento en manos de los jueces para configurar o demarcar el ejercicio legítimo de la política⁸⁰⁵. Ante un caso, por ejemplo, de presunta vulneración de la primera enmienda de la Constitución americana, que establece la separación iglesia-estado, el juez que se guía por el paradigma individualista tratará de determinar si la regulación produce alguna suerte de coerción o daño sobre el individuo. El enfoque estructural nos lleva en cambio a calibrar si las razones para

⁸⁰⁴Vid., Richard H. Pildes, 1994, p. 711. Pildes reconoce la deuda de su aproximación con las tesis razianas sobre la racionalidad práctica, y concretamente con la noción de razón excluyente; vid., *ibid.*, p. 712. Recuérdese que la aplicación del escrutinio más estricto es particularmente pertinente cuando los posibles afectados constituyen una minoría (*insular and discrete minorities*) a la que presumiblemente se pretende dificultar su participación en la política (vid., *supra* nota 162 donde hago referencia a la sentencia *United States v. Carolene* en la que Ely se apoya para postular su modelo de justicia constitucional 'orientada a la participación y reforzadora de la representación').

⁸⁰⁵Se defiende con ello, una concepción 'estructural' (no individualista) de los derechos; vid., Pildes, 1994, pp. 713, 722, 724.

la acción gubernamental son consistentes con la separación. La propaganda estatal de contenido religioso es inconstitucional, afirma Pildes, independientemente de cómo uno caracterice o mida su afectación sobre los individuos. Vulneraría la Constitución porque las únicas justificaciones que pueden ser ofrecidas para tal política están constitucionalmente excluidas⁸⁰⁶. Pero esto, si nos fijamos, no es decir gran cosa, puesto que lo que resulte constitucionalmente excluido o incluido como justificación es precisamente lo que se discute. Algunos, como por ejemplo Harry H. Wellington, han invocado la moral convencional como fuente de la que los jueces han de valerse para desarrollar el juicio de justificabilidad en que consiste la aplicación del escrutinio más estricto. El significado y peso de las libertades constitucionales, afirma Wellington, es aquel que viene dado por las creencias del pueblo, y no el que deriva de la moral esclarecida de los filósofos políticos o de los jueces de la Corte Suprema⁸⁰⁷. El problema es que, si esto es así, no se acaba de ver muy bien en qué consistiría o qué papel tendría asignado dicho tribunal, pues parece que mejores credenciales para pulsar e implementar la moral convencional tiene el legislador que la institución no representativa que se encarga de velar por la Constitución.

No fue la línea de actuación que Wellington y otros recomiendan la que informó la motivación de dos de las sentencias más importantes y controvertidas de la historia constitucional norteamericana, sino la aplicación del examen más

⁸⁰⁶Ibid., pp. 725-727 (el republicanismo clásico es el que, nos dice Pildes, estaría detrás de esta visión de los derechos como límites estructurales del ejercicio de la autoridad política, *ibid.*, p. 750).

⁸⁰⁷Vid., Harry H. Wellington, 1973, pp. 270, 285, 293, 299.

estricto. Me refiero a *Griswold v. Connecticut*⁸⁰⁸ y *Roe v. Wade*⁸⁰⁹. Esta lectura de la cláusula del debido proceso como demarcadora de un ámbito de libertades fundamentales, que sólo de manera muy excepcional el legislador podría afectar, y no meramente como la expresión del derecho a un juicio con todas las garantías (o una suerte de derecho a la tutela judicial efectiva como se reconoce en el artículo 24 de la constitución española) no ha quedado exenta de fuertes

⁸⁰⁸ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965; se decidía, como ya sabemos, la constitucionalidad de una ley de Connecticut que penalizaba el uso de anticonceptivos). El antecedente más importante, como he indicado, debe situarse en *Lochner v. New York* (vid. supra nota 141). Curiosamente, la mayoría en *Griswold* comienza su argumentación distanciándose expresamente de dicha decisión pues, en sus propias palabras, "No constituimos una 'superlegislatura' para determinar la sabiduría, necesidad y propiedad de normas que conciernen problemas económicos, empresariales o sociales" (381 US 479, 482). En el ánimo del tribunal pesaba, sin duda, la fuerte contestación que esa forma de control judicial de constitucionalidad sospechosamente antidemocrática y bloqueadora de las reformas encaminadas a una mayor protección social, había desarrollado la que ya hoy se conoce como 'corte *Lochner*' (vid., Grey, 1975, p. 711). La forma de evitar esa suplantación, afirma el tribunal, es precisamente considerar que se encuentran ante un caso que, por afectar a un derecho tan básico como el 'derecho a la privacidad' (así denominado por la Corte Suprema) requiere la aplicación del test de escrutinio más estricto. En realidad son los dos exámenes los que la Corte *Griswold* desarrolla. Por un lado, subraya el absurdo de una legislación con la que Connecticut, según sostiene ante el alto tribunal, pretende impedir las relaciones adúlteras, para lo cual prohíbe el uso de anticonceptivos pero no su venta y fabricación (y cuando además en dicho Estado ya existe la tipificación del adulterio-cuya constitucionalidad, por cierto, se afirma *obiter dicta* en el voto concurrente de los jueces Goldberg, Warren y Brennan, está 'fuera de toda duda', vid., 381 US 479, 498), y por otro indica que no existe interés estatal alguno lo suficientemente atendible (*compelling*) que justifique la necesidad del sacrificio de la intimidad marital para el logro de dicha meta (vid., 381 US 479, 485-486, 497-498-opinión concurrente de Goldberg, Warren y Brennan-, 503-opinión concurrente del juez Harlan-y 507-opinión concurrente del juez White).

⁸⁰⁹ *Roe v. Wade*, 410 US 113, (1973). De acuerdo con la argumentación desarrollada por la Corte, el interés del Estado en la salud de la madre permite regular el aborto desde el fin del primer trimestre hasta el momento en que el feto es viable (mediante exigencias tales como la competencia y procedimiento de realización de la interrupción del embarazo etc.). A partir de ese punto el Estado puede prohibir la interrupción voluntaria del embarazo, pues tiene un interés 'más poderoso' en la protección de la vida potencial del feto. En el primer trimestre ninguna suerte de regulación es permisible, esto es, el derecho a la privacidad de la madre no queda sobrepasado por ningún interés que el legislador entienda haya de ser defendido (*Roe v. Wade*, 410 US 113, 149-150, 155-156, 162-165). Algunos célebres constitucionalistas como Alexander Bickel y John Hart Ely se opusieron firmemente a esta decisión, entendiéndola que con ella se volvía a los años de *Lochner* a pesar de que la Corte declaraba expresamente que tal no era el caso; vid., Alexander M. Bickel, 1975, p. 27 y John Hart Ely, 1973, p. 938 (y nota anterior). De acuerdo con Ely, no supone un argumento atendible afirmar que en *Lochner* eran derechos de carácter económico los que estaban en juego, y que en *Roe* el alto tribunal está llamado a proteger libertades más básicas sobre las que hay consenso social, pues apoyándose precisamente en esta última consideración la Corte *Lochner* adujo la inconstitucionalidad de las regulaciones bienestaristas; *ibid.*, p. 939. La verdadera diferencia radica para Ely en que en *Roe* no se procede al escrutinio mínimo o racional, sino que directamente se afirma la inexistencia de un interés estatal en la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En *Lochner* (y yo entiendo que también en *Griswold*, vid. nota anterior), ambos tests son empleados; *id.*, pp. 941-942.

objeciones, precisamente por aquellos que, como antes dije, apelan a la interpretación originalista de la constitución⁸¹⁰. La opinión disidente de los jueces Black y Stewart en *Griswold* es, en este sentido, todo un compendio de la doctrina que favorece la restricción judicial, la suspicacia frente a los exámenes o escrutinios de la racionalidad instrumental o axiológica del legislador y de la vindicación de las intenciones del constituyente como criterio prioritario que el juez constitucional ha de observar. Aun siendo un fragmento extenso, entiendo conveniente reproducir los pasajes más ilustrativos de dicha disidencia. En primer término, la alusión al activismo injustificable a que conduce la concepción sustantiva de la enmienda catorce, y la postergación consiguiente del poder legislativo soberano:

El argumento basado en la cláusula del debido proceso... aquí adoptado se basa... en la premisa de que este tribunal está investido con el poder de invalidar todas las leyes estatales que considere arbitrarias, caprichosas, irrazonables u opresivas, o cuando este tribunal crea que la norma particular sometida a escrutinio no cuenta con un propósito 'racional o justificado' u ofende a algún 'sentido de la equidad o de la justicia'. Si estas fórmulas basadas en la 'justicia natural' u otras que signifiquen lo mismo han de prevalecer, requerirán de los jueces que determinen lo que es o no constitucional sobre la base de su propia estimación de qué leyes son torpes o innecesarias. El poder de tomar tales decisiones es por supuesto el del cuerpo legislativo⁸¹¹

En segundo lugar, la inexistencia de anclaje en la Constitución de tal poder de la Corte Suprema y la presunción *iuris et de iure* de racionalidad del legislador con la que los jueces constitucionales habrían de contar:

⁸¹⁰En el primer caso se habla de una concepción 'sustantiva' de la cláusula (frente a la caracterización 'procedimental' que representa la segunda interpretación). Contra aquella se han manifestado entre otros: Berger, 1977, pp. 193-199 y Rehnquist en su opinión disidente en la sentencia *Roe v. Wade*; 410 US 113 (1973), 173-174.

⁸¹¹381 US 479, 511-512.

*Sin duda ha de ser admitido que ninguna provisión de la Constitución otorga específicamente tan amplio margen a los tribunales para ejercer tal veto supervisor sobre la sabiduría y valor de las medidas legislativas... Puedo fácilmente admitir que ningún legislador, estatal o federal, debe aprobar leyes que justamente merezcan alguna de las maliciosas designaciones invocadas como excepciones constitucionales para anular leyes. Pero quizá no es mucho decir que ningún legislador adopta en alguna circunstancia normas sin creer que con ellas logrará un propósito sano, sabio y justificable. Aunque suscribo plenamente lo afirmado en *Marbury v. Madison* y subsiguientes casos no creo que nos haya sido otorgado la competencia de medir la constitucionalidad a partir de nuestra creencia en la arbitrariedad, capricho, o irrazonabilidad de la legislación, o por perseguir ésta un propósito injustificable, o porque sea ofensiva a nuestras propias nociones de los 'estándares de la conducta civilizada', en virtud de la cláusula del debido proceso o de cualquier otra provisión o provisiones constitucionales⁸¹².*

En último lugar, la constatación de que en ningún caso puede atribuirse al constituyente originario haber otorgado competencias tan invasivas al órgano de control de constitucionalidad, sino todo lo contrario:

Tal evaluación de la sabiduría de la legislación es un atributo del poder de hacer leyes, no del poder de interpretarlas. El uso por los tribunales federales de dicha fórmula o doctrina... simplemente sustrae al Congreso y a los Estados la potestad de hacer normas basándose en su propio juicio sobre la equidad y conocimiento, transfiriéndolo a esta Corte para desarrollar una determinación final-un poder éste que fue específicamente negado a las cortes federales por la convención constitucional que redactó la Constitución... El uso de semejante autoridad judicial amplia e ilimitada haría del conjunto de miembros de este tribunal una convención constitucional cotidiana... Someter las normas federales y estatales a tal irrestricto e irrestringible control judicial... pondrá en peligro, me temo, la separación de poderes que establecieron los constituyentes y al mismo tiempo amenazarán con restar muchas de las competencias conferidas a los Estados para el autogobierno, poderes expresa y preténdidamente otorgados por la Constitución⁸¹³.

⁸¹²381 US 479, 512-513.

⁸¹³381 US 479, 513, 520, 521.

Grey ya puso de manifiesto en su momento cómo los interpretativistas (primera denominación que recibieron los que a lo largo del trabajo vengo llamando originalistas) centraron sus ataques sobre la interpretación 'sustantiva' de la enmienda catorce, y las razones de tal rechazo⁸¹⁴ que me parece quedan perfectamente esbozadas en la opinión disidente de los jueces Black y Stewart que acabo de reproducir. Si he traído a colación el debate sobre dicha enmienda es porque me parece que ilustra con fineza el dilema en el que los originalistas se ven envueltos. El modelo de decisión particularista (la consideración de la norma legislativa como transparente) es el que habrían seguido los jueces que invalidaron respectivamente la penalización del uso de anticonceptivos y de la interrupción voluntaria del embarazo, apoyándose en la enmienda catorce. Presumiblemente tal forma de enjuiciar, como he indicado antes, debería ser la que precisamente los originalistas interesados en la implementación de los propósitos subyacentes habrían de favorecer. Pero es lo contrario lo que ocurre. ¿Por qué razones? Pues entre otras, y como más importante, porque ese escrutinio judicial no estaba en la mente o no contaba entre los propósitos de los constituyentes. Se podría resumir el argumento originalista diciendo: "no fue intención del constituyente originario que los jueces constitucionales indagaran sobre la razonabilidad o racionalidad de los objetivos de los legisladores ordinarios futuros" (o si se quiere: "fue el objetivo de los constituyentes el establecimiento de un modelo de decisión judicial basado en reglas").

¿Cabría reproducir esta misma línea de argumentación refiriéndonos a la

⁸¹⁴Grey, 1975, pp. 710-711.

propia Constitución? lo que equivale a preguntarse: ¿es la propia Constitución una regla indicativa o por contra hemos de considerar el conjunto de sus normas como absolutamente resguardadas frente a su justificación o propósito subyacente? Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa (y del binomio planteado en la segunda se escoge la última alternativa), la posición intencionalista resulta ser contradictoria, pues el rechazo al escrutinio legislativo desarrollado en *Roe* y *Griswold* se asienta precisamente sobre el propósito o intención que habrían abrazado los constituyentes. Si es negativa (y se concibe la Constitución como 'regla de experiencia') la indagación puede conducir a la constatación de que el constituyente perseguía un resultado que hoy nos parecería inasumible o disponía medios inadecuados para lograrlo: por ejemplo, la segregación racial en las escuelas o las consideraciones sobre el tipo de castigos que deben reputarse como 'cruels e inusuales'⁸¹⁵. A estas alturas ya estamos familiarizados con las dos escapatorias argumentativas que restan al intencionalista: afirmar que nada hay más allá del texto, y que éste es el que recoge la intención del edictor (es decir, negar el rasgo de la autonomía semántica de la formulación normativa frente a su *rationale*, con lo cual nos volvemos a topar con la fusión del intencionalismo con el textualismo, reapareciendo entonces los problemas iniciales ligados a la determinación de lo que sea el significado 'literal' o de acuerdo a las convenciones semánticas de términos esencialmente vagos o controvertibles) o bien mantenerse fiel a la empresa de búsqueda de intenciones pero concluir que lo que resulte de la misma es lo que en cualquier circunstancia ha de hacerse o debe aplicarse, aun

⁸¹⁵Enmienda VIII de la Constitución de Estados Unidos. Vid., en esta dirección, Grey, 1975, pp. 711-713.

siendo el caso que el intérprete constitucional entienda que es erróneo⁸¹⁶.

⁸¹⁶En esta línea, entre otros, Hurd, 1995, p. 417.

6.4 Las excepciones al seguimiento de la Tesis de la Intención Autoritativa

Quizá debido a este cúmulo de dificultades es por lo que, indica Raz, las mismas razones que abonan la Tesis de la Intención Autoritativa recomiendan apartarse de ella: la resolución de problemas de coordinación, el aseguramiento de los objetivos o propósitos más abstractos del legislador y la antigüedad de la legislación⁸¹⁷. Hasta ahora he analizado la justificación del intencionalismo a partir de la teoría de la autoridad jurídica que, de acuerdo con Raz, "proporciona el fundamento para el papel de la interpretación conservadora del derecho"⁸¹⁸. En este punto me parece conveniente analizar estas excepciones al seguimiento del corolario conservador de la tesis de la intención autoritativa, para ver qué tipo de consideraciones harían plausible la segunda de esas 'escapatorias' que quedan al intencionalista antes apuntada.

Una de las excepciones se basa en el hecho de la antigüedad de la legislación. El originalismo no sería pertinente pues el alcance de las razones que derivan de la mayor pericia presunta del edictor es mitigada por el paso del tiempo⁸¹⁹. Las otras dos excepciones destacadas por Raz (y que, sugerí anteriormente, creo que caben ser reconducidas a la deferencia hacia el propósito o fin más abstracto que el legislador o constituyente persigue al establecer la norma, como podremos ver

⁸¹⁷ En realidad los dos primeros pueden ser reconducidos al mismo supuesto: la preponderancia del propósito de más largo alcance frente al significado original que resultaría de una interpretación conservadora.

⁸¹⁸ Vid., Raz, 1996b, p. 281.

⁸¹⁹ Ibid., p. 277 y Marmor, 1992, pp. 173-182.

a continuación⁸²⁰) abonan precisamente la idea según la cual el aplicador intencionalista ha de 'corregir' en ocasiones a la autoridad, pues al tener en cuenta como guía principal de interpretación la pretensión más genérica, o justificación subyacente de la norma, contempla estas como reglas indicativas, abrazando así un modelo de decisión particularista.

Uno de los casos en los que es recomendada la desviación de la Tesis de la Intención Autoritativa, afirma Raz, es cuando la regla pretende resolver un problema de coordinación. Si existen varios esquemas disponibles para asegurar la coordinación de conductas de los sujetos, no importa si la legislación establecida para el logro de tal coordinación sigue uno u otro y por ello la norma llamada a resolver el problema no precisa ser interpretada de acuerdo con las intenciones del legislador. Lo verdaderamente relevante, nos dice Raz, es que el intérprete asegure la convención de coordinación. En tal caso, se estaría realmente observando la intención básica del legislador con independencia de que la convención sea o no justamente la que pretendió este último⁸²¹.

⁸²⁰ Hay una subsunción similar a la que yo creo se puede postular con respecto a los contextos de resolución de un problema de coordinación y mayor pericia como supuestos en los que cabría desviarse de la Tesis de la Intención Autoritativa (en ambos casos el intérprete persigue la obtención del fin genérico pretendido por el legislador, independientemente de la solución canonizada en la norma), sobre la que han insistido Bayón (1991, p. 644, n. 575) y Ródenas (1996, pp. 161-164) y que se refiere a las clases de situaciones en las que Raz entiende que la tesis de la 'dependencia' no supone la tesis de la 'no diferencia'. El primero alude a los supuestos en los que existe una razón para hacer algo realizable de distintas formas y resulta preciso elegir una de ellas (Raz, 1986, pp. 48-49). El segundo, que ya conocemos, cuando se trata de resolver un problema de coordinación. Como indica Bayón, si reparamos en el primer caso, lo que ocurre es que no parece aconsejable dejar a la elección de cada individuo la forma de hacer lo que se debe. Es por ello que estaríamos también ante la necesidad de solventar un problema de coordinación (Bayón, *ibid*; Ródenas, 1996, pp. 162-163). En cuanto a la tercera clase de situaciones (la norma resuelve un problema de interacción estratégica del tipo 'dilema del prisionero', *vid.*, Raz, 1986, pp. 50-51), en realidad, como ha señalado Ullmann-Margalit, dicha norma no genera razones finales (morales) sino prudenciales; *vid.*, 1977, pp. 41-43; Bayón, 1991, pp. 557, n. 443, 644, n. 575 y Ródenas, *ibid*, pp. 163-164.

⁸²¹ Raz, 1996b, p. 273.

Podríamos pensar que esto ocurre en los problemas de coordinación técnicamente denominados de 'segundo orden'⁸²². Si se recuerda el ejemplo que utiliza Lewis de la llamada en un caso de interrupción de la comunicación telefónica (vid. supra 3.1.2), pueden existir dudas por parte de los agentes acerca de cómo interpretar la regularidad o convención que se está decantando como forma de solucionar el problema de coordinación. Supóngase que la convención destacada o hecha sobresaliente por parte de la autoridad adolece precisamente de esta dificultad. El juez, en ese supuesto, estaría actuando a partir del objetivo profundo del legislador como guía de su decisión si, a pesar de apartarse de la formulación expresa que aquel ha emitido, resuelve él mismo el problema mediante otra convención diferente⁸²³.

⁸²²Sobre la idea de distintos niveles de problemas de coordinación, vid., Gerald J. Postema, 1982, pp. 178, 182-197, 201 y la definición que Bayón da al respecto: "Un problema de coordinación de orden_n se define técnicamente como aquel planteado por la interpretación de una convención que resuelve un problema de coordinación de orden_{n-1}"; vid., 1991, p. 665 y asimismo Leslie Green, 1983 p. 302 y Ullmann-Margalit, 1977, p. 87.

⁸²³Juan Carlos Bayón ha señalado en esta dirección que la calificación de la razón que la autoridad provee para resolver un problema de coordinación como dependiente o independiente de su contenido está en función de la descripción que hagamos de las acciones requeridas. A primera vista, la solución de coordinación (la conducta obligada) no tiene valor intrínseco alguno (circular por la derecha o la izquierda, pararse en rojo o avanzar cuando el semáforo se torna verde). En ese sentido, la razón para x (circular por el carril de la derecha) dependería de la formulación de la orden por parte de la autoridad y es independiente del contenido. Pero si, por concurrir circunstancias contingentes tales como que los demás cumplen la convención, describimos la solución o conducta prescrita como x': "evitación de riesgos para la integridad física de los conductores", la razón para x' es dependiente del contenido (la bondad intrínseca de evitar riesgos para la integridad física de los demás). Es por esto por lo que bajo una determinada caracterización, la resolución de un problema de coordinación por la autoridad es reconducible al logro de un propósito que se considera valioso, por lo cual siempre que mantenemos que hay una razón para realizar una acción cualquiera ello implica en todo caso que hay un aspecto o propiedad de la misma que entendemos valioso (vid., Bayón, 1991, pp. 549, 553). Claro que esto plantearía un problema en la justificación raziana de la autoridad en los contextos de resolución de problemas de coordinación. En concreto para la descripción que Raz hace de la actitud de un agente envuelto en un problema tal. Recordemos que, bajo el esquema de Lewis, la solución o convención surgía, entre otras posibilidades, cuando hay cierto aspecto destacado o sobresaliente de alguna de las acciones posibles que constituyen un equilibrio de coordinación. Ese rasgo es lo que bloquea la cadena infinita de creencias sobre el comportamiento de los demás que cada sujeto habría de desarrollar en presencia de un problema de coordinación. Dicha acción 'atrae' hacia sí las expectativas mutuas. Tal puede ser el caso de la conducta prescrita por la autoridad, pero ello no supone, como apunta Bayón, que el agente postergue su juicio o considere la directiva como una razón protegida: "Si tras la emisión de la directiva tiene razones para creer que lo que los demás harán es lo que esta ordena, entonces es sin duda su

El tercer supuesto está relacionado con las intenciones de más largo alcance (*further intentions*). Apunta Raz, que en muchas ocasiones el legislador pretende el logro de ciertos resultados sociales y económicos mediante el establecimiento de normas determinadas. Pero en ocasiones yerra dado que no ha podido anticipar cambios de todo tipo, o bien hizo erróneas previsiones sobre el impacto de lo prescrito, etc.⁸²⁴ En esos supuestos, seguir la intención *standard* (suponemos, la que deriva de la interpretación conservadora que ya conocemos) frustraría la meta que el legislador quiso alcanzar. Parece entonces sumamente razonable que el juez

propio juicio el que le dice que, meramente con arreglo al balance de razones de primer orden existentes-tomadas en cuenta, eso sí, todas las razones auxiliares relevantes-, tiene una razón para realizar el contenido de esa directiva"; vid., 1991, p. 667. Si, por contra, la autoridad no consigue modificar la red de expectativas mutuas, el agente no tendrá ninguna razón para seguirla y, más bien al contrario, lo que deberá es no obedecerla. En definitiva, la directiva de la autoridad genera una razón para actuar según lo prescrito cuando es causalmente eficaz para la resolución del problema de coordinación; vid., Postema, 1989, pp. 1025-1026, Bayón, *ibid.*, p. 668, y en la misma línea Ullmann-Margalit, 1977, pp. 98-99 y Leslie Green, 1985, pp. 340-341. Raz ha contrarrestado esta línea de argumentos indicando como esa descripción de las actitudes de los agentes envueltos en un problema de coordinación, desemboca en un dilema de acción colectiva; es decir, si todos y cada uno de los sujetos están a la expectativa de comprobar que los demás efectivamente cumplen la directiva, no se explica bien como alguno llega a seguirla en primer lugar. Sólo si se considera que la directiva provee una razón protegida se puede entender que se alcance el equilibrio de coordinación; vid., 1989, pp. 1188-1189. Juan Carlos Bayón (vid., también Postema, 1989, pp. 1027-1028) ha aportado una explicación alternativa de cómo la acción prescrita por la autoridad alcanza el rasgo de singularidad, que prescinde de aquella noción raziana, basada en el hecho de la capacidad punitiva de quien ostenta la autoridad (a partir de algunas ideas elaboradas por Chaim Gans) que nos sugiere considerar el sistema punitivo de sanciones no como motivador de la obediencia, sino como *incentivador de las expectativas mutuas* de que el derecho será cumplido y por tanto de que funcionará como sistema de coordinación; vid., 1981, pp. 344-345. Este dato sería fundamental para la deliberación tanto de los que buscan el logro de la coordinación, como de los no interesados en alcanzarla, como de los que no son conscientes de hallarse inmersos en un problema de coordinación; vid., Bayón, 1991, pp. 670-673 (a los fines de este trabajo no es necesario pormenorizar como se desarrollaría tal razonamiento según Bayón). Ángeles Ródenas, por su parte, ha criticado el planteamiento de Bayón pues, en sus propios términos, resulta paradójico explicar la resolución de un problema de coordinación apoyándose en el punto de vista del 'hombre malo' o, alternativamente, resulta insuficiente para dar cuenta de aquellas situaciones en las que todos los sujetos "muestran actitudes cooperativas"; vid., Ródenas, 1996, p. 194-195. Creo que la objeción de Ródenas anda desencaminada. La dificultad de lograr un curso de acción sobresaliente que atraiga las expectativas mutuas no es tanto de carácter 'ético' (como hacer que las razones prudenciales se desplacen) sino cognoscitivo. Si no he entendido mal a Bayón, el problema no es de 'hombres malos', sino de hombres y mujeres *no completamente seguros* de qué curso de acción seguir, incluso si, *prima facie*, es su interés lograr el ajuste de sus conductas (como es presupuesto en la resolución de un problema de coordinación en los que, a diferencia de las situaciones de interacción estratégica tipo dilema del prisionero, todo miembro del colectivo prefiere que todos se atengan a la regularidad que logra la coordinación a que todos salvo uno-incluido él mismo-sigan el curso de acción que logra el equilibrio; vid. *supra* 3.1.2).

⁸²⁴Vid. *supra* el ejemplo que expuse en relación a la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos.

prefiera privilegiar el logro del propósito a mantener una estricta adhesión a la interpretación que se sigue de las convenciones semánticas originales. Aparte de la razón que ya conocemos para resistirse a esa conclusión (la indagación sobre la justificación subyacente se torna en potencial corrección de la autoridad haciendo difícilmente congeniable el intencionalismo con la apuesta por la pasividad del juez constitucional), ¿existe alguna otra que recomiende la cautela para con la consideración de los objetivos de más largo alcance como canon hermenéutico prioritario?

El argumento que Raz ha aducido en esta dirección resulta estar estrechamente vinculado con la defensa que él mismo ha esgrimido frente a las objeciones que han sido planteadas a su justificación de la autoridad en los contextos de mayor pericia. El obstáculo al que me refiero y en torno al cual giran muchas de esas críticas ya lo conocemos: la actitud de un agente (en nuestro caso un intérprete o aplicador) que, aun sabiendo que del balance de razones se sigue una solución distinta a la indicada por la regla de experiencia, decide seguir esta última, es irracional⁸²⁵. Lo que Raz tiene pues que mostrar es porque no lo sería, o si se quiere, qué argumentos nos permitirían concebir las reglas de la autoridad no como reglas indicativas o de experiencia, sino como proveedoras de razones protegidas y que por tanto harían que el intérprete las viera como 'resguardadas' frente a la justificación subyacente adoptando así un modelo de decisión basado en reglas y no uno particularista.

⁸²⁵Vid., Bayón, 1991, p. 649.

La réplica de Raz ha consistido en afirmar que esa posibilidad de contraste entre las dos soluciones (la que resultaría del balance de razones subyacentes y la que prescribe la autoridad) le está vedada al sujeto. Es decir, que su juicio sobre si está en condiciones de incertidumbre o no (de ello dependerá en definitiva que decida él emprender o no la deliberación completa tomando la regla como transparente) puede ser erróneo. Esta misma idea es transportada al ámbito de la interpretación para, como apunté anteriormente, no abrazar plenamente el corolario al que conduce la exclusión de la interpretación conservadora que se sigue de la Tesis de la Intención Autoritativa en favor de los objetivos o propósitos genéricos que el legislador persigue al establecer la norma. Además de que dicha cesión no proceda porque en ocasiones no hay intenciones de fines o porque pueda haber una panoplia de las mismas y carezcamos de un criterio para privilegiar unas frente a otras (problema éste con el que ya estamos familiarizados, vid. *supra*, capítulo 5.5), afirma Raz que en ocasiones las pretensiones o razones del legislador resultan ser *imposibles de descubrir con certeza*, existiendo *más probabilidades de error que de acierto* en la interpretación si el aplicador se deja guiar por aquellas. De tal forma, que la voluntad del legislador es mejor respetada o prevalece con mayor frecuencia, cuando la intención o propósito abstracto es descartado⁸²⁶.

⁸²⁶Raz, 1996b, pp. 274-275. Raz arguye otra razón además para prevenir al intérprete del uso de las intenciones genéricas como criterio interpretativo. Si una norma interpretada de acuerdo con la Tesis de la Intención Autoritativa no logra los resultados pretendidos ello no puede ser una razón para que los tribunales la interpreten de otro modo, pues no hay razones que abonen la inferencia de que la autoridad hubiera aprobado otra norma. La norma que sí logra el propósito buscado puede tener predecibles consecuencias de mayor alcance (*further predictable consequences*) que hubieran inclinado quizá al legislador a no establecerla a pesar de que entonces no se alcance el objetivo pretendido. De acuerdo con la doctrina de la autoridad, asumimos que el cuerpo legislativo cuenta con una competencia que hace de sus reglas pautas de conducta obedecibles y respetables. Pero cuando dicha competencia no se da, la asunción queda refutada y por tanto los tribunales pueden desviarse de la interpretación de la norma de acuerdo con la Tesis de la Intención Autoritativa. No se sigue de ello, que lo que entonces deban hacer

La respuesta que, entre otros, Juan Carlos Bayón ha dado a este argumento de corte escéptico, ha consistido en señalar como opera en las dos direcciones en una suerte de 'efecto boomerang'. Toda la concepción del autor de *The Morality of Freedom* sobre el papel de la autoridad práctica en los contextos de mayor pericia, recuerda Bayón, se basa en la idea de que el destinatario reemplaza su propio juicio por el de quien realmente puede desarrollar uno que por lo general es más fiable; y entonces la pregunta obvia es, ¿cómo determina el agente o destinatario que postergará su juicio tal cosa? Si ciertamente lo puede determinar, esa misma certidumbre puede también extenderse al conocimiento de hallarse o no en una situación de información completa (y por tanto de intentar contrastar por su cuenta si ha de hacerse o no lo que la regla indicativa recomienda). Si, por contra, no puede discriminar quién es el perito, los destinatarios nunca podrán confiar en la racionalidad de considerar que la resolución del experto sea una razón protegida con lo cual se han destruido los presupuestos que abonan la caracterización de la concepción servicial de la autoridad práctica por su mayor *expertise*⁸²⁷.

sea tratar de implementar el propósito genérico del legislador; Raz, *ibid.*, pp. 275-276.

⁸²⁷Vid., Bayón, 1991, pp. 650-651. A su vez, la defensa que del planteamiento raziano ha hecho Ángeles Ródenas para responder a la objeción esgrimida por Bayón ha consistido, me parece, directamente en la eliminación del problema. La clave radica, subraya Ródenas, en la delimitación previa del alcance de la autoridad (1996, p. 180). Partiendo, frente a Bayón, de que puede haber distintos grados de certeza (*ibid.*, p. 183), y que por tanto, el agente puede saber: (1) identificar a la autoridad-experto y el conjunto de casos C en los que el juicio de la autoridad es mejor y (2) que no puede aislar subconjunto alguno de casos S de C con respecto a los cuales identifica mejor que A según su propio juicio independiente la solución correcta, el agente actuará racionalmente siguiendo las directivas de la autoridad en todos los casos que pertenecen a C. En realidad, como ya sabemos, la consecuencia va más allá: actuará racionalmente incluso si sabe que en el supuesto en cuestión la directiva autoritativa no proporciona la solución correcta. Frente a la perplejidad que tal corolario suscita, Ródenas subraya: "La defensa de Raz se basaría en sostener que este supuesto sería subsumible en la subclase de casos S (en los que el agente puede identificar mediante su propio juicio independiente mejor que la autoridad aquello que debe hacer) que está excluida de antemano del conjunto de supuestos en los que seguir el juicio de otra persona es la mejor estrategia en contextos de incertidumbre" (*id.*, p. 186). En suma, en ese caso no estaría siguiendo en puridad los dictados de la autoridad pues el supuesto en cuestión no está

Evidentemente, la solución radicaría en la asignación de una pericia moral infalible a los constituyentes pero, entonces, hemos abandonado la concepción de la autoridad como servicio para desembocar en el paradigma *inspiracional* que los propios Raz, Marmor y compañía rechazan (vid., supra 6.2). En tal caso, no cabría cabalmente hablar de 'dependencia' alguna que, recuerdo, venía a exigir que los mandatos de la autoridad se apoyen en razones que *previa e independientemente se aplican a los destinatarios y son relevantes para su acción en las circunstancias del caso cubiertos por la directiva*. Bajo dicha concepción no hay balance de razones previas o antecedentes. Ilustrando esta posibilidad con el conocido dilema de Eutifrón, lo que se haya de hacer es debido porque así lo ordena la autoridad (y no que lo que haya ordenado la autoridad es lo que ha de hacerse porque sea lo debido⁸²⁸). Lo que viene a ser lo mismo que decir que, en puridad, no son

dentro del alcance de la misma. Pero entonces, ¿qué queda en realidad de la actitud de postergación o suspensión del juicio del agente, esto es, de la caracterización de la directiva autoritativa como generadora de una razón protegida? Se limitaría a jugar un papel en los casos en que *per definiens* es racional predicar su existencia. Por lo que se ve, bajo dicha concepción al agente le es posible, en último término, determinar si el supuesto en concreto al que se enfrenta pertenece o no al subconjunto de casos excluidos. Ello dice Ródenas se hace 'a priori', ¿pero en función de qué tipo consideraciones? En definitiva, la discusión parece trasladarse entonces a la caracterización que habríamos de dar a la 'regla' que delimita el alcance de la autoridad por su mayor pericia. La actitud racional del que desea ponerse en manos de un experto (por ejemplo, como ilustra Ródenas, en materia financiera-id., p. 182, n. 95-, asumiendo que uno no es capaz de identificar algún subconjunto de casos en los que sabemos mejor que aquel la solución a adoptar, es decir, la mejor inversión), sería: ¿considerar todos los factores relevantes, por ejemplo la contrastación de su historial de éxitos o fracasos en el área de conocimiento de que se trate, o más bien deferir al juicio de un 'perito de peritos' que nos proporciona una razón protegida para no considerar el balance de razones de primer orden que determinaría la solución más correcta (en este caso, la elección del experto)? Y, recuérdese, en este segundo nivel, la razón protegida del sabio de sabios supone que es más racional para nosotros seguir su recomendación aunque sepamos que no es la correcta de acuerdo con el balance de razones subyacentes. La respuesta entonces sería nuevamente entender que también en ese supuesto podríamos hablar de una situación de incertidumbre parcial sobre nuestro propio juicio independiente acerca de la mejor candidatura, y así seguiríamos remontándonos en una regresión infinita, pagando el precio, eso sí, de una visión de los agentes que prácticamente todo lo ignoran, a medida que nos remontamos en esa cadena de justificación racional de autoridades a partir de la consideración de sus directivas como razones protegidas.

⁸²⁸ Para Arthur Selwyn Miller, esta suerte de fidelismo reverencial hacia la Constitución norteamericana y sus redactores y la consideración de la Corte Suprema como encarnadora del ministerio de esa fe, es un rasgo característico del imaginario nacional norteamericano; vid., 1978, pp. 3, 14, 25. También Robert N. Bellah ha llamado la atención sobre los aspectos característicamente religiosos de la cultura nacional norteamericana y del entendimiento que en dichos términos se hace de la historia,

razones excluyentes o protegidas lo que las directivas de la autoridad representan, sino razones *absolutas*⁸²⁹.

Tal deslizamiento hacia, por un lado, esta última caracterización de las razones dadas por la autoridad y la naturaleza excepcional de la misma que abona una concepción inspiracional es confirmada en un último trabajo de Marmor donde defiende la que él denomina 'concepción personal de la autoridad' y con cuyas líneas maestras ya estamos familiarizados (básicamente la concepción del derecho como el producto de un acto de comunicación que "refleja el punto de vista de una persona con autoridad acerca de cómo deben comportarse los demás"⁸³⁰). Indica Marmor que no son las características personales las que convierten a alguien en autoridad, sino el hecho de que actúe en una función o cargo de autoridad. Lo ilustra con la petición de un amigo a otro para que haga

tradición e instituciones de dicho país. Por ejemplo, la costumbre de plantear el origen nacional en clave mítica. Tanto en un sentido religioso judaico (insistencia en la diáspora religiosa al nuevo territorio y en el carácter de pueblo elegido de los nuevos pobladores) como filosófico-político: el nuevo asentamiento materializaría el estado de naturaleza ora como paraíso (de acuerdo a la visión lockeana) ora como caos (según la concepción de Hobbes). Al pueblo americano se le habría brindado la oportunidad de llevar a término el contrato social. Un convenio, la Constitución y la Declaración de Independencia, que aún 'externo', temporal y humano, habría recogido y renovado los elementos originales de la ética judeo-cristiana; vid., Robert N. Bellah, 1975, pp. 11, 17, 32, 64. También para David A. J. Richards, cuando la idea de una Constitución escrita aparece en el periodo de la Revolución puritana inglesa, es pensada como el análogo político de la 'teología del pacto'; vid., 1985, p. 524 (y en 1990, p. 1398, cuando describe el proceso constituyente como "[u]na de las más grandes demostraciones históricas de los poderes deliberativos de la razón democrática de un pueblo libre"); Thomas C. Grey, 1988, pp. 222-223 y Steven D. Smith, sosteniendo la idea de que la suerte de idolatría seudoreligiosa que se profesa a los textos constitucionales ayuda a explicar la teoría y práctica del derecho constitucional; vid., 1993pp. 613, 616-617.

⁸²⁹Vid., Bayón, 1991, p. 537. La conclusión de Bayón es por todo ello contundente: "[n]i el argumento pericial ni el argumento de la coordinación demuestran la racionalidad de la suspensión o postergación del juicio propio (si bien el primero demostraría que en determinadas condiciones un agente racional debería atribuir a las directivas de la autoridad el valor de reglas indicativas; y el segundo, que también en ciertas condiciones las directivas de la autoridad pueden ser causalmente eficaces para la generación de circunstancias tales que determinan la aparición de nuevas razones de primer orden independientes del contenido-que se añaden al balance de las ya existentes"; vid., 1991, p. 681.

⁸³⁰Vid., 1995, p. 324

algo: "Dado que el papel de 'mejor amigo', por así decirlo, es ocupado por Jim y dado sus convicciones de que uno debe deferir a los requerimientos de sus mejores amigos, Sarah tiene una razón para deferir a los pedidos de Jim"⁸³¹. Con anterioridad, Marmor subraya que, "El hecho de que ella no considere como un accidente que Jim, y no otra persona, sea su mejor amigo está más allá de nuestra discusión"⁸³².

El ejemplo es desafortunado por varias razones. Obviamente la primera es que la relación de amistad no parece que encaje bien en el lecho de Procusto que representan los contextos de autoridad. En el ejemplo no estamos ante un caso de 'exigencia de obediencia por parte de Jim a Sarah'. Quizá esa es la razón principal por la que la indagación del motivo por el que Sarah llegó a considerar a Jim su mejor amigo no resulte relevante. Si lo sería, en cambio (al menos para alguien como Marmor interesado en desarrollar una teoría de la autoridad legítima), si Jim ordenara o mandara a Sarah hacer algo. Si en ese supuesto, la razón por la que Sarah habría de deferir a los requerimientos de Jim es su grado de amistad devota, la autoridad que ejerce Jim podría muy bien encuadrarse en el modelo inspiracional, en cuyo caso la identidad personal y no tanto el rol resulta ser lo definitivo. Recuérdese que como se expuso anteriormente, el rol o cargo de autoridad no puede derivar a su vez de un mandato previo que ordenara obedecer a la autoridad. En algún momento, por razones conceptuales, la premisa mayor de dicho razonamiento no puede depender de la formulación de mandato alguno

⁸³¹ Ibid., p. 325.

⁸³² Id.

sino que derivará de un juicio de deber independiente. El mero hecho de que Jim sea el mejor amigo de Sarah no puede constituir la premisa mayor de su razonamiento práctico para obedecerle. No siendo ese el caso, el argumento de la pericia conduce a la reinterpretación de la autoridad como autoridad teórica haciéndonos desembocar en la tesis de la no diferencia ya que, como señala Bayón, "[l]as instrucciones de una autoridad teórica no añaden nada a las razones preexistentes para hacer o no hacer lo que a través de ellas se dice que ha de hacerse, residiendo su valor en la creencia (que se presume fundada) de que probablemente reflejan acertadamente el balance de aquellas razones (y desapareciendo por completo dicho valor en cuanto se constata en una ocasión determinada que no es así)..."⁸³³.

⁸³³ Vid., Bayón, 1991, p. 652.

6.5 ¿Es la interpretación constitucional un salto en la oscuridad?

Seguramente por todo el conjunto de obstáculos anteriormente descritos, que conducen al originalismo apoyado en la concepción servicial de la autoridad a la alternativa de elegir entre la irracionalidad o la corrección, es por lo que el propio Marmor ha expresado sus reservas en cuanto a la aplicación del intencionalismo en el ámbito de la interpretación de la Constitución. El control judicial de constitucionalidad, al decir de Marmor, plantea un escollo 'especial' para la aplicación del método originalista. En primer lugar, como ya sabemos, por la antigüedad del texto. En segundo término porque, frente a la aplicación de la legislación ordinaria, las decisiones en el ámbito de la jurisdicción constitucional son difícilmente enmendables por el legislador⁸³⁴.

Claro que uno podría preguntarse legítimamente porque esa última razón es una prevención sólo frente a la interpretación intencionalista y no frente a cualesquiera otros modelos hermenéuticos susceptibles de ser empleados. La respuesta de Marmor nos pone sobre la pista de la otra escapatoria que anuncié al concluir el apartado 6.4 y que me ocuparé en lo que sigue: ese argumento sólo operaría frente al intencionalismo *porque no hay metodología interpretativa alternativa*.

⁸³⁴ Vid., Marmor, 1992, pp. 173, 181-182 y 1995, p. 305, n. 7. Marmor no aporta criterio alguno respecto a cuándo hemos de entender que una norma es lo suficientemente antigua como para que el argumento de la pericia no sea de aplicación. Parece, con todo, que se está refiriendo específicamente a la Constitución norteamericana.

Para Marmor, el Derecho, como cualquier otra forma de comunicación, puede ser simplemente 'entendido' y luego aplicado, siendo la interpretación del mismo lo excepcional; en sus propias palabras: "¡Uno no interpreta aquello que viene *determinado* por reglas o convenciones"⁸³⁵. En caso contrario es cuando habrá que indagar, de manera indefectible, sobre los propósitos o intenciones del emisor⁸³⁶.

A lo largo de todo el trabajo ha estado presente una dificultad recurrente que hace especialmente acuciantes los problemas ligados a la interpretación del texto constitucional y que es momento ahora de escrutar para someter a consideración la que podemos llamar 'tesis de la excepcionalidad de la interpretación' propugnada por Marmor. Me refiero a la indeterminación semántica radical de las formulaciones lingüísticas que componen la norma fundamental.

6.5.1 La indeterminación semántica

Cuando se habla de 'indeterminación semántica' se suele aludir a ciertos déficits de los lenguajes naturales que provocan incertidumbre sobre el campo de aplicación de las palabras; concretamente a la ambigüedad, esencial controvertibilidad y vaguedad de las mismas.

⁸³⁵ Vid., 1992, p. 22 (itálicas del autor; vid., igualmente pp. 21, 23). El brocardo *in claris non fit interpretatio*, es el que parece tener en mente Marmor.

⁸³⁶ Vid., 1992, p. 122.

La ambigüedad refiere a la capacidad de los mismos términos de incorporar distintos significados en función del contexto lingüístico en el que son empleados (así por ejemplo, 'fuente del derecho' tiene la doble acepción de fuente de conocimiento o de producción normativa, 'banco' la de asiento o entidad financiera, etc.). En principio, la indeterminación potencial que genera la ambigüedad, puede ser normalmente superada recurriendo precisamente al contexto.

La 'esencial controvertibilidad', propiedad así denominada por W.B. Gallie, se genera cuando, en relación a un predicado P, (1) no es implausible considerar a la vez 'N es P si es A' y 'N es P si es B', como explicaciones alternativas del significado de P; (2) P cuenta con un elemento de fuerza emotiva, y (3) como consecuencia de (1) y (2), hay una historia de uso de P como incorporador de principios o estándares inconmensurables⁸³⁷. Términos esencialmente contestables tales como 'democracia', 'libertad', etc. pueblan una cantidad notable de las cláusulas que componen la Constitución como hemos ido viendo a lo largo del trabajo.

La vaguedad, por último, es la circunstancia que plantea mayores problemas. Es genéricamente la que provoca la dificultad de la determinación semántica y la característica que, en cierto modo, informa la esencial contestabilidad⁸³⁸. Un concepto se reputa vago cuando no podemos precisar exhaustivamente su intensidad o conjunto de propiedades que hacen su uso adecuado.

⁸³⁷ Vid., Waldron, 1994a, pp. 512-513, y Gallie, 1956, pp. 167-198.

⁸³⁸ Vid., Waldron, 1994a, p. 513, nota 9.

Todos los términos de los lenguajes naturales son potencialmente vagos⁸³⁹, en tanto en cuanto siempre es posible encontrar predicados fronterizos, pero son específicamente los que hacen referencia a los 'fenómenos de continuidad' los que producen una perplejizante dificultad de orden lógico.

A partir de la idea de Waissman es conocido que el positivismo hartiano vincula el entendimiento de que el derecho en un determinado supuesto no ofrece una respuesta acerca del estatuto deóntico de una conducta, con la *zona de penumbra* de los términos que componen la formulación lingüística en cuestión. Hay un conjunto de casos donde una regla como 'prohibida la entrada de vehículos en el parque' sería claramente aplicable, otro grupo donde no lo sería y un tercero ámbito que genera incertidumbre. Cuando estamos en presencia de este último contexto, el aplicador actuaría discrecionalmente al implementarla en un sentido u otro⁸⁴⁰. Y esa delimitación se produce, obviamente, una vez se han *interpretado* tales conceptos, pues como ha aseverado gráficamente Waldron, las palabras con las que nos comunicamos no son como un contador *geiger* que al acercarlo al objeto nos indica si lo que tenemos delante de nuestros ojos es o no es un 'vehículo'⁸⁴¹.

Muchos originalistas vindican frecuentemente (en un tenor familiar a la 'tesis de la excepcionalidad de la interpretación' de Marmor) que, con respecto a las

⁸³⁹ De ese hecho deriva la conclusión de Waissman de la naturaleza o textura esencialmente abierta de los lenguajes naturales; vid., 1951, pp. 117-130.

⁸⁴⁰ Vid., Hart, 1961, pp. 122-132.

⁸⁴¹ Vid., Waldron, 1994a, p. 510.

cláusulas constitucionales, la aplicación es clara. Así, Berger afirma que la pregunta sobre cómo interpretar, o la inquisición sobre lo que esta misma noción significa implica ya, desde el principio, adoptar una postura activista. 'Interpretar', escribe, tanto en nuestro actual diccionario como en el de 1755⁸⁴² no supone atribución o dotación de significado a una expresión (pues ello denota gratificación, en el sentido de 'entregar' algo que previamente no se tenía-*add*), sino más bien afirmación o aseveración (*ascertain*) del mismo⁸⁴³. En sus propias palabras: "El argumento según el cual pueden otorgarse nuevos significados a las palabras empleadas por los constituyentes aniquila su proyecto; reduce la Constitución a un recipiente vacío en el que cada nueva mayoría deposita sus propias preferencias"⁸⁴⁴. En ese sentido, podemos leer a Berger afirmar en relación a la enmienda catorce, que "fue la Corte Suprema la que hizo de 'debido proceso' una frase oscura"⁸⁴⁵. De manera análoga, en alusión a los que apuestan por una interpretación irrestricta, volcada a la importación de principios extrajurídicos,

⁸⁴² Vid., 1986, p. 8 y 1986b, p. 1. Con ello está respondiendo a la pregunta por el significado de interpretar planteada por Michael J. Perry en 1985, p. 552.

⁸⁴³ Vid., 1986, p. 10. En esta afirmación de Berger se escuchan de fondo los ecos de la opinión disidente del juez originalista Sutherland en *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* (vid., supra nota 201): "The whole aim of construction as applied to a provision of the Constitution, is to discover the meaning, to ascertain and give effect to the intent of its framers and the people who adopted it... As nearly as possible, we should place ourselves in the condition of those who framed it and adopted it"; 290 US 398, 453 (1934), (énfasis mío; la cita está tomada de Bickel, 1955, p. 3).

⁸⁴⁴ Vid., Berger, 1977, p. 221. Otras afirmaciones en la misma línea nos recuerdan el intencionalismo estricto o conceptual que tuvimos ocasión de analizar en el capítulo 3: "El propósito cardinal de la interpretación, sobre lo que no puede insistirse frecuentemente, es aseverar y llevar a término, no eliminar, la intención de los constituyentes. Una vez se ha afirmado ese propósito, no ha de ser frustrado por una regla interpretativa" (1977, p. 45). Y en otro pasaje, comentando la variedad de corrientes 'originalistas' que proliferan, escribe: "La única variedad que conozco es la buena, la de la vieja escuela... Entiendo por intención original la explicación que los redactores dieron sobre lo que pretendían lograr con sus palabras, lo que sus palabras significan"; 1988, pp. 350-351 (énfasis mío; la misma idea en 1986b, p. 1).

⁸⁴⁵ Vid., 1977, p. 258.

Henry Monaghan escribe:

*Para llenar las lagunas, estos teóricos se han apoyado históricamente con devoción en la proclamada 'textura abierta' de las cláusulas del debido proceso e igual protección, invistiéndolas con una cualidad esponjosa capaz de absorber cualquier objeto analíticamente externo a las fronteras de otras limitaciones constitucionales. Pero cualquiera que sea esa cualidad absorbente en estas cláusulas, no se encuentra en su diseño. Se trata más bien de una invención de la post-ratificación empleada en primer término por jueces y abogados conservadores para aplacar los demonios del socialismo, y subsiguientemente tomada en préstamo por los juristas liberales para proteger un conjunto de valores distinto*⁸⁴⁶.

Ahora bien, si como parecen asumir ambos autores, el significado de frases como 'debido proceso' o 'igual protección de las leyes' es claro, ¿a qué obedece el despliegue de investigación histórica con el que, especialmente en el caso de Berger, se pretende descubrir a qué se referían los constituyentes que emplearon dichos enunciados lingüísticos? De acuerdo con sus propias premisas, el significado de un término que no se otorga, sino que se afirma, aparece una vez hemos descubierto las explicaciones que dieron los edictores sobre sus propósitos, o lo que de alguna forma puede presumirse que fueron estos. Lo cual presupone que al intérprete le habrán asaltado dudas en primer lugar. En caso contrario nos vemos envueltos en una suerte de razonamiento circular como el que ejemplifica Edwin Meese cuando afirma: "Cuando existe ambigüedad sobre el significado preciso o alcance de una provisión constitucional, debe ser interpretada y aplicada de forma que, al menos, no contradiga el texto de la Constitución misma"⁸⁴⁷. Pero si sabemos o podemos determinar cuando se contradice el texto, ¿cómo es posible

⁸⁴⁶ Vid., 1981, p. 364.

⁸⁴⁷ Vid., 1985, p. 26.

que haya previamente dudas sobre el significado o alcance del mismo?

Una reflexión parecida nos provoca el corolario conservador de la tesis de la intención autoritativa que describí en 5.2.1. Si se recuerda el ejemplo con el que ilustré la misma (la formulación 'todos tienen derecho a la vida'), la respuesta de Raz ante la sugerencia de que el edictor manifestara expresamente su propósito interpretativo P_0 ("pretendo que el término 'todos' sea interpretado de forma tal que incluya a los concebidos pero no nacidos") era que el establecimiento de dicha regla interpretativa era inútil pues la misma sería interpretada de acuerdo con las convenciones hermenéuticas entonces prevalentes. El emisor, por tanto, sabedor de esa circunstancia, no pretendería la implementación de su 'privada' opción hermenéutica. El razonamiento raziano se desenvuelve en torno a la premisa de que tanto entonces (t_0), como ahora, (t_1) existe un conocimiento suficientemente *compartido, conocido y operativo* sobre los significados de los enunciados lingüísticos (sean estos los originales o los que hoy formulamos en relación a dichas convenciones interpretativas del pasado). Pero si eso es así, el problema interpretativo no se presentaría en primer lugar, ni el legislador se plantearía dilema hermenéutico alguno, ni pensaría en una proposición interpretativa tal como P_0 . Directamente promulgaría la formulación que sabe será ¿interpretada? de forma tal que garantice la aplicación en favor de la protección de la vida del *nasci turus*.

En este trabajo hemos analizado el intencionalismo como la preferencia por un método interpretativo, o dicho con mayor rigor, como una apuesta por la

determinación de las condiciones de verdad de los enunciados interpretativos de las formulaciones lingüísticas constitucionales. Pero a lo largo del mismo se ha ido advirtiendo que la propia enunciación de cuáles sean dichos criterios de verdad no es en sí algo pacíficamente postulable: qué sea lo que el hablante *quiso decir* o la *mejor teoría disponible sobre la naturaleza de lo referido* son a su vez formulaciones indeterminadas⁸⁴⁸; el decurso de este trabajo ha sido precisamente el análisis de las interpretaciones que de las mismas se han postulado y las razones y presupuestos de orden normativo y metafísico para ello.

Si nos centramos en la tesis del realismo semántico, podemos aceptar que el aplicador debe indagar en la mejor teoría o explicación disponible de los objetos, o fenómenos aludidos para interpretar términos tales como 'muerte'. De tal forma que hoy no se debe considerar muerto a alguien cuyas funciones cerebrales no hayan cesado, aunque sí lo hicieran las cardiorespiratorias. Pero precisamente sobre este tipo de conceptos que refieren a un mundo exterior, a fenómenos empíricos, (y dejando a un lado los términos ético-jurídicos), lo que el refinamiento de las teorías anudadas a los mismos genera es la posibilidad de mayor grado de incertidumbre. La mejora en la exploración y diagnóstico de las funciones vitales hace que cada vez sea más controvertible precisar a partir de cuándo alguien ha dejado de estar vivo. En ese sentido, Brian Bix ha señalado oportunamente como los logros de la ciencia médica que nos conducen a adoptar el criterio del cese de la actividad cerebral y no el significado convencional originario, no han generado el acuerdo que Moore describe en relación al modo en que pensamos sobre la

⁸⁴⁸ Vid., Bix, 1995, p. 145.

muerte, sino más bien al contrario⁸⁴⁹. Incluso si concediéramos que efectivamente, dado el estado del conocimiento, hoy podemos afirmar que la referencia del término muerte es 'cese de la actividad cerebral', no habrían quedado por ello mitigadas definitivamente las controversias sobre el significado preciso de esa interpretación del concepto que pudiera figurar en una disposición que regulara, pongamos por caso, la donación de órganos, pues no sería un sinsentido seguir preguntando: ¿qué hemos de entender por 'cese', o por 'actividad cerebral'? Si el *continuum* entre los estados vivo-muerto se ensancha, también lo hace la zona de penumbra de aplicabilidad del término. Cabría pensar entonces en la necesidad de una regla más precisa; un criterio que concretara numericamente la cesación. Será en ese momento cuando aparecerá el tipo de vaguedad 'paralizante' al que aludí anteriormente. Paralizante porque nos permite desarrollar un tipo de razonamiento que, a partir de premisas verdaderas, concluye en una conclusión que vulnera la lógica bivalente⁸⁵⁰: mediante infinitesimales incrementos o disminuciones en la magnitud que hayamos fijado como punto a partir del cual se da el estado A o B, podríamos llegar a la conclusión de que ningún tanto por ciento de cese en la actividad cerebral genera la muerte (o, alternativamente, permite identificar el estado 'vivo'). Es lo que se conoce como paradoja de *Sorites*⁸⁵¹. Si, por presentarse, no resulta ser ni verdadero ni falso que "X está muerto", tampoco resultará ser ni verdadera ni falsa la proposición normativa: "está permitido que Y extraiga los órganos de X".

⁸⁴⁹ Vid., Bix, 1992, pp. 1301-1302.

⁸⁵⁰ Vid., Burns, 1991, p. 55.

⁸⁵¹ Vid., de la ingente literatura al respecto, además de Burns, 1991, op. cit., Endicott, 1997, pp. 38-45, Waldron, 1994a, pp. 516-517 y Guastini, 1993, pp. 350-351.

Ahora bien, la solución podría consistir, como antes aludí, en disponer de una regla que dé una solución a los casos fronterizos. Pero ello presupone *que estos mismos son claramente delimitables*. Si lo que ocurre, por contra, es que también dichos límites son penumbras más que lindes pétreos, esto es, que los predicados del término son carentes de confines (*boundaryless*) la paradoja de Sorites en un nivel superior o, la conocida como 'vaguedad de segundo u ordenes superiores' reaparece: adolecemos de incertidumbre sobre la propia incertidumbre⁸⁵². Si, como ha indicado Burns, "¡hay una clase de supuestos claramente delimitados sobre los cuales es de aplicación el término, otra sobre los que no es de aplicación y una tercera nítidamente acotada de instancias neutrales, no parece que haya verdadera incertidumbre en ningún sitio"⁸⁵³. En general pues, la proclamación de que hay un caso fronterizo para un predicado F, puede entenderse de tres formas (sea b el caso fronterizo de la predicción F): (1) b se excluye de la extensión de F y de la de no-F, (2) b está parcialmente incluida en la extensión F, y parcialmente excluida y (3) es irremediabilmente incierto si b está incluida o excluida de F. Esta última sería la versión de Burns⁸⁵⁴ y también la mantenida recientemente por Endicott para refutar la propuesta dworkiniana.

Como ya sabemos, una de las tesis centrales de Dworkin es que siempre hay una respuesta correcta acerca de lo que el Derecho dispone en un supuesto determinado. Y ello a partir de la consideración de que el aplicador no sólo cuenta

⁸⁵² Burns la denomina 'vaguedad fuerte' o fregeana; vid., 1991, p. 24.

⁸⁵³ Burns, 1991, p. 25.

⁸⁵⁴ Vid., 1991, p. 47.

con hechos sociales o históricos concretos (la 'promulgación' de enunciados lingüísticos puntuales) en los que apoyarse, sino también con la posibilidad de reconstruir un 'material' más rico (que incluye principios) teniendo en cuenta las dimensiones de encaje y valor (vid., supra 1.2.1 y 5.5). ¿Cómo afronta Dworkin el desafío de la indeterminación basada en la vaguedad de ordenes superiores o en el razonamiento Sorites?

Supongamos, nos sugiere Dworkin, una norma que declare inválidos los contratos 'sacrílegos'. Dos personas celebran un contrato en domingo y, afirmaría el partidario de la inexistencia de una respuesta correcta (*no right answer thesis*), puesto que 'sacrílego' adolece de vaguedad (no tanto por tratarse de un fenómeno de continuidad, como por imposibilidad de una connotación exhaustiva), es indeterminada la respuesta acerca de si el contrato es o no es válido. Pero este argumento, nos dice Dworkin, es erróneo porque olvida que puede haber reglas de interpretación de las normas que fijen una consecuencia determinada frente al hecho de la vaguedad en una circunstancia particular; por ejemplo, una regla que estableciera que si la proposición sobre el carácter sacrilego de un contrato no es verdadera, ha de ser tratada como falsa⁸⁵⁵. Ahora bien, contraargumentaría el partidario de la vaguedad de ordenes superiores, la proposición " 'el contrato es sacrílego' es verdadera" puede ser en sí misma también indeterminada, con lo cual no hemos mitigado el problema de la indeterminación completamente, pese a la presencia de aquella regla interpretativa. ¿Es esto realmente así? La respuesta de Dworkin es negativa por la siguiente razón. Representemos el término vago

⁸⁵⁵ Vid., Dworkin, 1985, pp. 128-129.

como ϕ . El partidario de la tesis de la inexistencia de una respuesta correcta (V), afirma que la proposición "x es ϕ " puede ser verdadera, falsa, ni verdadera ni falsa. Asignemos los números 1, 2, 3 a cada valor respectivamente. La regla interpretativa de Dworkin establece que si "x es ϕ " no es 1, ha de ser tratada como 2. V replica diciendo que la proposición " 'x es ϕ ' es 1" puede ser a su vez 3 (ni verdadera ni falsa). Parecería que nos tendríamos que mover a un nivel superior para establecer una regla, que estableciera que si la proposición " 'x es ϕ ' es 1" no es 1, ha de ser tratada como 2, y así sucesivamente. Lo que Dworkin niega es que ese contraargumento pueda hacerse una vez que V juega con una lógica trivalente (valores 1,2,3). ¿Puede ser en sí misma la proposición " 'x es ϕ ' es 1" 3 (ni verdadera ni falsa)? No porque si "x es ϕ " es 1, entonces la proposición " 'x es ϕ ' es 1" es 1; pero si "x es ϕ " es 2 o 3, la proposición " 'x es ϕ ' es 1" es 2. No hay posibilidad de que la proposición " 'x es ϕ ' es 1" sea 3 (ni verdadera ni falsa⁸⁵⁶).

Frente al elaborado y complejo argumento de Dworkin, Endicott ha reconstruido la tesis de la indeterminación que pretende mantener V interpretando el carácter de la negación de la verdad o falsedad (el valor que he llamado 3) de la proposición "x es ϕ ". El argumento de Dworkin contra V funciona, nos indica Endicott, si la negación (3) es tomada como una negación interna. V afirma que la proposición "el contrato es sacrílego" no es ni verdadera ni falsa, y por tanto su aseveración puede entenderse como la afirmación de que al decir que " 'x es ϕ ' es 3" establece que "x es ϕ " es no verdadera y no falsa (negación interna). Pero cabe leer 'externamente' lo que V dice; al afirmar que " 'x es ϕ ' es 3" puede

⁸⁵⁶ Vid., Dworkin, 1985, pp. 129-130.

estar diciendo que *no afirma* que "x es ϕ " es 1 ni *tampoco* que "x es ϕ " es 2. Simplemente 'no sabe'. Ante este V dubitativo, la regla de Dworkin no funcionaría, pues una regla que, de manera similar a como anteriormente, diera una respuesta ante un caso de duda, se podría tornar inútil ante la inseguridad de segundo orden expresada por nuestro diletante personaje (que tampoco sabe 'los casos claros de duda', o cuando comienza su incertidumbre⁸⁵⁷). Para afirmar que no existe una respuesta correcta en los casos fronterizos, no sería necesario negar la ley del tercio excluso, de igual forma que no nos comprometemos con la afirmación de un tercer estado (vida, muerte, y ϕ) en el límite de la cesación de la actividad cerebral.

Ahora bien, si todo esto es así, y la paradoja de Sorites es 'tomada en serio' como se hace en el trabajo de Endicott, la dificultad no es sólo para Dworkin; lo es también para el propio Endicott cuando afirma: "El problema surge no sólo si los requisitos del Derecho son determinados por formulaciones jurídicas autoritativas, sino si dichas exigencias del derecho pueden ser *expresadas* (como resultado de un proceso interpretativo) en un lenguaje susceptible de verse afectado por la paradoja de Sorites. A no ser que esta pueda resolverse, aquellas exigencias serán indeterminadas en *algunos casos*"⁸⁵⁸. ¿Pero por qué razón en algunos casos y no en todos? El argumento basado en la vaguedad de segundo orden con el que se pretende desmontar la defensa dworkiniana de la existencia de una respuesta correcta es un arma de doble filo, en tanto en cuanto nos precipita hacia la tesis

⁸⁵⁷ Vid., Endicott, 1997, pp. 46-48, 51.

⁸⁵⁸ Vid., Endicott, 1997, p. 57 (segundo énfasis mío).

de la indeterminación radical, y esta misma no parece querer ser abrazada por Endicott y otros teóricos que se sitúan en la órbita del positivismo hartiano.

Y el hecho cierto es que nos comunicamos mediante el lenguaje, y existe un consenso con respecto a algunas aplicaciones e interpretaciones jurídicas; algunos casos que aparecen, en su solución, como claros, y otros difíciles. Cuestión distinta es explicar porque esto es así. Quizá la mayor lección del segundo Wittgenstein (en la que parece anclarse la propuesta marmoriana de la 'excepcionalidad de la interpretación'), es que saber que un resultado es el que se sigue a partir de determinadas 'reglas' tiene más que ver con compartir una 'forma de vida', que con la interpretación de los signos, si por la misma queremos decir el reemplazo de unos por otros, pues, como acabamos de ilustrar al analizar la afectación de la vaguedad de segundo y ordenes superiores a las reglas interpretativas, tal sustitución no consigue nunca clausurar la brecha entre el lenguaje y el mundo⁸⁵⁹; "hay una forma de captar una regla que no es una interpretación..."⁸⁶⁰

¿Cual es la manera entónces? O, alternativamente y para el objeto que nos ocupa, si el originalismo, en cualquiera de las variantes analizadas, es una regla interpretativa, ¿cómo se cumple? ¿Qué tienen que hacer los jueces constitucionales para que podamos afirmar que se ha aplicado una formulación

⁸⁵⁹ Este es también el sentido de las críticas de Stanley Fish a la noción de 'reglas disciplinantes' y de 'comunidad interpretativa' propuesta por Owen Fiss como criterio de 'objetividad' en la interpretación jurídica y de restricción al aplicador; vid., Fiss, 1982, pp. 744-747; Fish, 1984, pp. 1325-1327, y Fiss, 1985, pp. 187-194, y en la línea de Fish, Bjarup, 1988, p. 45 y Guastini comentando también la inevitable indeterminación semántica de las reglas interpretativas que figuran en el Código Civil italiano; vid., 1993, pp. 390-391.

⁸⁶⁰ Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, sección 201.

lingüística constitucional de acuerdo con las intenciones de los constituyentes? Que la respuesta sea que no pueden hacer nada, esto es, que afirmemos la imposibilidad de determinar *a priori* el resultado correcto (en función del criterio originalista) de la aplicación del enunciado colocaría un obstáculo definitivamente fatal para una opción hermenéutica que pretende ser legitimadora de la institución del control judicial de constitucionalidad. Pues si la corrección o incorrección se revela tal solamente *a posteriori*, no habrá sido por la observancia de una metodología interpretativa. No lo habrá sido, al menos, de acuerdo con nuestra intuitiva noción de lo que es seguir u observar una regla.

6.5.2 El escepticismo sobre la noción de *seguir una regla*

Esta conclusión escéptica ha sido, como es conocido, mantenida por los autores vinculados en la corriente de los *Critical Legal Studies*, apoyándose para ello en la lectura kripkeana del Wittgenstein de las *Philosophical Investigations*.

En la sección 201 de dicha obra, Wittgenstein afirma: "esta era nuestra paradoja: ningún curso de acción podría ser determinado por una regla, porque todo curso de acción puede construirse como seguimiento de una regla"⁸⁶¹. Todo curso de acción, implica también, obviamente, la observación de las reglas de un lenguaje⁸⁶². Por ejemplo, ilustra Kripke, las reglas de la aritmética.

⁸⁶¹ En cierta forma, y como el propio Kripke indica, la paradoja wittgensteniana es una versión del escepticismo humeano sobre las regularidades causales que mencionamos en 5.3; Wittgenstein y Hume estarían cuestionando el nexo pasado-futuro en un caso entre intenciones-significados pasados y practica presente y en el otro la relación causa-efecto; vid., Kripke, 1982, 3-4, 62.

⁸⁶² Vid., Kripke, 1982, p. 19 (y por ende, obviamente, las reglas jurídicas).

'Entender' o 'captar' la regla de la suma implica que aunque sólo haya computado un número finito de sumas en el pasado, la regla determina mi respuesta para muchas nuevas sumas que nunca he considerado antes. Pongamos $68 + 57 = 125$. El escéptico cuestiona mi certidumbre sobre la respuesta en el sentido metalingüístico; sobre el término 'sumar' pues a lo mejor, tal y como he pretendido usar la palabra en el pasado, ésta denota una función que, aplicada a los números 68 y 57 da como resultado el valor 5. En anteriores ocasiones he podido no 'sumar', sino utilizar una función (*quus*) que se definió como $x \oplus y = x + y$, si x e y son menores que 57, pero $= 5$ en los demás casos⁸⁶³.

Si la hipótesis del escéptico es falsa debe haber algún hecho acerca de mi pasado uso que la refute. La respuesta que demos, nos dice Kripke, debe satisfacer dos condiciones: dar una explicación de qué hechos acerca de mis estados mentales constituyen mi significado 'sumar' y no 'quus', y demostrar con ello la justificación que tengo al afirmar que $68 + 57 = 125$ ⁸⁶⁴.

Pero fijémonos que el escepticismo no es sobre las reglas de la aritmética (por qué razones sé que $68 + 57 = 125$), sino en relación al hecho que produce mi saber que '68 más 57' tal y como quise decir 'sumar' en el pasado denotan 125⁸⁶⁵; "Isi el escéptico tiene razón, los conceptos de significado y pretensión de una función y no otra no tendrían sentido. Pues el escéptico mantiene que ningún

⁸⁶³ Vid., Kripke, 1982, pp. 6-8.

⁸⁶⁴ Ibid., pp. 9-11.

⁸⁶⁵ Id., pp. 12-13.

hecho sobre mi pasada historia-nada de lo que creído alguna vez o de mi comportamiento externo-establece que quisiera decir *más* y no *quus*... Pero si esto es correcto, no hay por supuesto hechos acerca de qué particular función quise emplear, y si no hay hechos acerca de qué particular función pretendí en el *pasado*, no puede haber ninguno en el *presente* tampoco⁸⁶⁶.

El escéptico arguye por ello que la respuesta 125 es como un injustificado salto en la oscuridad, sin que una alegación posterior por nuestra parte anclada en la 'interpretación' del término 'sumar' como 'contar', constituya una red de seguridad que bloquee sus retos subsiguientes sobre nuestros pasados usos de 'contar', etc.⁸⁶⁷

Tradicionalmente, nos dice Kripke, se ha considerado que la solución de Wittgenstein a la paradoja contiene el argumento en contra del 'lenguaje privado'⁸⁶⁸. Pero esa exégesis ortodoxa es errónea, pues la lección a extraer del planteamiento del autor de las *Philosophical Investigations* no es meramente la prueba de la imposibilidad del lenguaje privado; la pregunta genuina es ¿cómo podemos mostrar que el lenguaje (cualquiera, privado o público) es posible? De no resolverse satisfactoriamente la paradoja, apunta Kripke, habríamos de concluir

⁸⁶⁶ Kripke, 1982, p. 13.

⁸⁶⁷ Ibid., pp. 15-18.

⁸⁶⁸ Id., p. 60.

que el lenguaje es imposible⁸⁶⁹.

Pero esta es una conclusión demasiado cruda, como ha puesto de manifiesto, entre otros Yablon⁸⁷⁰. La demostración filosófica de la indeterminación de toda regla, no altera el hecho empírico bruto de que nos entendemos, hacemos sumas y seguimos hablando de acciones que violan reglas. Si genera en cambio una comprensión diferente de la noción de seguimiento de reglas⁸⁷¹, y, sobre todo, hecha por tierra la forma en que Marmor enuncia la tesis de la excepcionalidad de la interpretación. Recordemos que esta, como expresión del brocardo *in claritas non fit interpretatio*, rezaba: "Nulno no interpreta aquello que *viene determinado por reglas o convenciones*". Si no podemos desmontar la paradoja kripkensteiniana, hemos de concluir que *nada* es determinado por reglas o convenciones o alternatively que de *cualquier acción* se puede predicar que es conforme a la regla o a la convención⁸⁷².

Para solucionar el desafío escéptico hemos de abandonar la concepción del lenguaje del Wittgenstein del *Tractatus* y asumir la que él mismo da en las *Philosophical Investigations*: hemos de enterrar la imagen de 'correspondencia con

⁸⁶⁹ Kripke, 1982, p. 62. No son pocos los autores que han criticado la aproximación escéptica de Kripke a la obra de Wittgenstein por ser una interpretación errónea del mismo; en esa línea se sitúan, entre otros, los que pasan por ser los canónicos exégetas del filósofo vienes, Baker y Hacker (vid., 1985, 170-171) así como Bjarup (vid., 1988, p. 45) y Crispin Wright (vid., 1984, p. 760).

⁸⁷⁰ Vid., 1987, p. 633; vid., igualmente Coleman y Leiter, 1995, pp. 222-223 y Bayón, 1996b, pp. 12-13.

⁸⁷¹ Vid., Coleman & Leiter, 1995, pp. 222-223.

⁸⁷² Vid., Bayón, 1996b, pp. 16-17.

hechos⁸⁷³ y dirigir nuestra mirada hacia como las aserciones son usadas; inquirir en la forma de vida compartida en la comunidad, esto es, al conjunto de respuestas en las que estamos de acuerdo y la forma en que impactan en nuestras actividades⁸⁷⁴. Pero, repárese bien, en las respuestas sobre las que consensuamos *a posteriori*. Ello genera una imagen radicalmente contraria a nuestra primitiva intuición de la observancia de reglas. Como el propio Kripke apunta, recabar en la comunidad o las condiciones de afirmabilidad invierte el condicional que liga acciones y juicios: no condenamos ciertos actos porque sean inmorales, sino que son inmorales *porque los condenamos*⁸⁷⁵.

Esta forma de ver las cosas, habría de cambiar también por tanto nuestro modo de analizar el desacuerdo sobre la interpretación jurídica y constitucional y, sobre todo, la apelación en favor de que sea *la interpretación* el criterio de legitimidad de la institución del control judicial de constitucionalidad. No es el lenguaje más o menos determinado lo que hace los supuestos jurídico-constitucionales claros o difíciles. A lo largo de las anteriores páginas, he mantenido que el realismo semántico da mejor cuenta de nuestra práctica de

⁸⁷³ Vid., Kripke, 1982, p. 79.

⁸⁷⁴ Ibid., p. 96; Coleman & Leiter, 1995, p. 221 y Bjarup, 1988, p. 43. En esta línea, Hierro ha sugerido, por ejemplo, que dirijamos nuestra inspección sobre la condición adecuación: "[a]quella condición que para un hablante determinado, en una situación determinada, hace adecuada una cierta preferencia... una preferencia tiene significado porque es adecuada"; vid., 1990, pp. 83-84. Comentando la paradoja escéptica kripkeana, afirma: "[s]eguir una regla es actuar de acuerdo con la disposición al comportamiento de una comunidad lingüística en las circunstancias relevantes"; ibid., p. 98 (y vid., también en el mismo sentido, p. 99-101).

⁸⁷⁵ Vid., Kripke, 1982, pp. 89, 93. como resume a ese respecto Bayón "Si sólo sé que estoy siguiendo una regla cuando encuentro que también los demás consideran que el modo en que la aplico es correcto, entonces no es la regla la que origina el acuerdo (en el sentido de que *nos guíe hacia él*), sino más bien el acuerdo el que nos permite decir que hay una regla"; vid., 1996b, p. 13 (énfasis suyo).

pretender captar la 'verdadera esencia de las cosas con las palabras', y de ahí que recabemos en la mejor explicación científica que tengamos disponible. Anteriormente aludí a que, pese a todo, y en relación con la regla interpretativa del término 'muerte', la indeterminación no es eliminable completamente.

¿Qué es lo que hace entonces a los supuestos claros o difíciles? Mi única explicación es el acuerdo o desacuerdo moral. Si es verdad que el significado de muerte es la cesación de la actividad cerebral, ¿está permitida de acuerdo al artículo 15 de la Constitución española la inflicción del castigo que Philip Kerr imagina en la novela *Una investigación filosófica*?⁸⁷⁶. Si nos atenemos a la tesis de Moore, no se ha producido la muerte en los condenados al coma punitivo, y por tanto no se ha vulnerado el mencionado artículo. ¿O si se ha hecho si tenemos en cuenta que dados los propósitos del constituyente español es razonable entender que '*coma punitivo*' significa muerte a los efectos del artículo 15?⁸⁷⁷

José Juan Moreso ha elaborado a este respecto una muy elegante teoría acerca de las posibilidades jurídicas que la Constitución (entendida como norma originaria del sistema, como depósito de potenciales actuaciones legislativas), permite. Así, nos indica que hay mundos jurídicamente posibles o imposibles, de acuerdo con una relación que él llama de *accesibilidad* con la Constitución. La relación de accesibilidad tiene su envés en la exclusión de ciertos sistemas

⁸⁷⁶ La máxima pena en el Reino Unido del siglo XXI es el 'coma punitivo'. La inducción de dicho estado en los criminales para así ahorrarse los gastos de su mantenimiento en prisión. Este ejemplo me lo sugirió Juan Carlos Bayón.

⁸⁷⁷ En puridad, el artículo 15 no sólo declara abolida la pena de muerte, sino que además prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Parece claro que el coma punitivo sería uno de ellos.

jurídicos: aquellos que contienen normas inconsistentes con ciertas normas constitucionales y también los que poseen normas con determinada constelación de casos genéricos o combinaciones de propiedades⁸⁷⁸.

Remitiéndonos al caso español, ¿es jurídicamente posible un mundo en el que los que conviven maritalmente no pueden subrogarse en el arrendamiento cuya titularidad ostenta su pareja, pero sí cuando hay un vínculo matrimonial? Lo cual equivale a preguntarse, ¿hay relación de accesibilidad entre el artículo correspondiente de la anterior ley de arrendamientos urbanos y el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución española? En el análisis que Moreso hace de la sentencia del tribunal constitucional que declara contrario a la Constitución el mencionado artículo, lo que se ha afirmado es que no es posible un 'mundo jurídico' en el que haya distintas consecuencias normativas (permisión de la subrogación para parejas casadas, prohibición de la misma para las uniones de hecho) para dos casos genéricos. La Constitución impediría, en resumidas cuentas, que se considere como relevante el matrimonio y no la propiedad de la convivencia. Siguiendo la terminología de Alchourrón y Bulygin (*tesis de la relevancia*), el artículo 14 exige un universo de casos (propiedades relevantes) menos fino⁸⁷⁹. Pero cuáles deban ser estas es, como el propio Moreso reconoce a partir de la idea de 'hipótesis de relevancia' de Alchourrón y Bulygin, una cuestión axiológica⁸⁸⁰. ¿Es *jurídicamente imposible*, de acuerdo con el artículo 14 de la

⁸⁷⁸ Vid., Moreso, 1996, pp. 175-177.

⁸⁷⁹ Ibid., 178-184.

⁸⁸⁰ Id., p. 185.

Constitución española, que sólo los matrimonios o parejas de hecho puedan subrogarse, pero no así los amigos? ¿Es éste un caso *claro* de discriminación?

Pero es que además, si se mantuviera pese a todo incólume la tesis de la excepcionalidad de Marmor, su lógica interna nos conduce al corolario de la injustificabilidad del control de constitucionalidad⁸⁸¹. Si admitimos la presencia de la vaguedad y la esencial controvertibilidad como un rasgo predominante en el texto constitucional, el intérprete siempre se enfrentaría a casos no diáfanos que le obligarían a tratar de descubrir las pretensiones de la autoridad constituyente. Si esto es, como reconoce Marmor, un problema especialmente acuciante en lo que hace a la Constitución, la justicia constitucional debería limitarse a lidiar con los casos claros, en los que meramente se *entiende* la formulación lingüística constitucional pues su *significado viene determinado por reglas y convenciones*.

⁸⁸¹ Y, en esto sí, Marmor habría coincidido entonces con uno de los padres inspiradores de su aproximación positivista al derecho: Jeremy Bentham. Para Bentham, la institución del control judicial de constitucionalidad resultaba incompatible con su idea de la autoridad ilimitada del soberano parlamentario. Vid., por ejemplo, "The Constitutional Code", en *The Works of Jeremy Bentham* (Vol. 9), R. Borrowing (ed), London, Simpkin, Marshall and Co, p. 121, donde afirma: "*By this unicompetence, by this negation of all limits, this also is to be understood, namely, that let the legislature do what it will, nothing that it does is to be regarded as null and void: in other words, it belongs not to any judge so to pronounce concerning it, for to give such powers to any judge would be to give the judge.... a power superior to that of the legislature itself*" (citado en Hamner Hill, 1988, p. 99, n.14). La solución radicaba para Bentham en que fuera el electorado quien se encargara de censurar al legislador que iba más allá de los límites impuestos en la Constitución. Así lo expone en su *Constitutional Code for the Use of all Nations and all Governments professing Liberal Opinions* (artículo 2 de la sección segunda del capítulo 6): "*If on any occasion, any ordinance, which to some shall appear repugnant to the principles of this Constitution, shall come to have been enacted by the Legislature, such ordinance is not on that account to be, by any judge treated or spoken of, as being null and void: not even although its tendency, intended as well as actual, were to appear to him to be, to diminish the mass of power hereby reserved to the Constitutive Authority. But if, on any such act, the tendency be anti-constitutional, as above, it may form an apt ground for an exercise to be given by the Electors, to their incidental dislocative, and punifactive functions, applying them respectively to such members of the Legislature, by whom motion, speech, or vote shall have been given in favour of the supposed anti-constitutional arrangement...*"; vid., 1983, p. 45. Como ha destacado Hamner Hill, cualquier teoría de la interpretación constitucional aplicable a un gobierno de poderes limitados obviamente ha de rechazar la teoría benthamiana del poder soberano; vid., 1988, pp. 99-100. Chereminsky ha señalado en la misma línea, que el rechazo total a la justicia constitucional habría de ser la conclusión consistente con los presupuestos del intencionalismo; vid., 1987, pp. 17-18

Pero estos no son, casi por definición, los asuntos de los que se suele ocupar la jurisdicción constitucional y los que generan el debate y desacuerdo razonables sobre la implementación de la norma fundamental⁸⁸². No son, podríamos decir, los que arriban a esa instancia. Los supuestos que Marmor parecería tener en mente son instancias de, directamente, ruptura o reforma constitucional.

⁸⁸² Vid., en este sentido, Tushnet, 1985, p. 689.

Epílogo

Este trabajo ha recorrido los presupuestos que se encierran bajo la apelación en favor del originalismo, entendido como dos alternativas genéricas acerca de las condiciones de verdad de un enunciado interpretativo como "el significado de λ (por ejemplo, 'igual protección de las leyes') es ϕ ". El impulso que lleva a esa búsqueda es la determinación de cuándo la decisión del órgano jurisdiccional que se sobrepone a la del legislador está justificada. Es este el momento de enumerar de manera ordenada algunas conclusiones al respecto. No todas pues algunas fueron anticipadas en el inicio del capítulo 5. Queda hacerlo, pues, con respecto a lo tratado desde entónces.

1. Uno de los principales obstáculos de la concepción teórica de la autoridad es justificar la mayor pericia moral del legislador o constituyente. El constructivismo epistémico de Nino, basado en la mayor confiabilidad del proceso democrático como forma de acceso a la corrección moral, no logra ser un *tertium datur* entre las propuesta de Habermas y Rawls.

Según Nino, la solución apoyada mayoritariamente tras una deliberación que ha satisfecho los análogos de los requisitos o presupuestos formales de la argumentación moral, cuenta con la presunción de reflejar adecuadamente principios morales válidos. Eso quiere decir que en ocasiones la decisión podrá no dar cuenta de los mismos de forma correcta y por tanto que un individuo reflexionando monológicamente es capaz de determinar la adecuación. Si no es así,

la presunción es una ficción (sería irrevocable) y lo que se mantiene entonces es la suerte de populismo moral que Nino denuncia a Habermas.

2. Una de las mayores dificultades del originalismo es la determinación de la intención relevante a ser tomada en cuenta por el intérprete, la forma de componer el conjunto de pretensiones predicables de la autoridad práctica y la identificación del sujeto cuyos propósitos habremos de tomar en consideración.

2.1 Las propuestas de Raz y Alexander en pro de una metaintención o intención interpretativa vulneran el principio de caridad y además provocan una regresión al infinito. Para evitarla hemos de afirmar que la autoridad normativa puede predecir útilmente como serán interpretadas sus pretensiones sólo si piensa que los futuros intérpretes usan un método interpretativo que no depende de sus predicciones.

2.2 Apostar por el recurso a las intenciones aplicativas contrafácticas de la autoridad presupone una imagen del derecho no como un conjunto de reglas de carácter general sino como la orden de un militar a su subordinado.

El modelo de reconstrucción hipotética asume la posibilidad de predicar condiciones de verdad de las proposiciones contrafácticas. Al partidario de dicho modelo le urge responder, entonces, cuál es la diferencia entre afirmar instancias de aplicación que la autoridad hubiera entendido adecuadas, y formulaciones normativas que hubiera podido promulgar y si estas últimas podrían por tanto ser

utilizadas para resolver casos.

2.3 En función de cómo el aplicador 'trate' las generalizaciones en que las reglas consisten se erigen cuatro modelos diferentes de toma de decisiones según el planteamiento de Schauer (basado en reglas, particularista, particularismo sensible a las reglas y positivismo presuntivo). La presencia de estos paradigmas decisionales es debida a la distinción entre justificaciones subyacentes y formulaciones lingüísticas que constituyen las reglas y esta a su vez se cimenta en el rasgo de la autonomía semántica de las primeras frente a las segundas. Como ha indicado Bayón, analizados detenidamente los cuatro modelos, en realidad no existe diferencia extensional entre los dos últimos.

2.4 La lectura moral de la Constitución propuesta por Dworkin puede ser vista, a la luz del análisis de Schauer sobre las actitudes del aplicador, como una preferencia por el particularismo. Pero que ese modelo haya de ser observado con respecto a unas cláusulas constitucionales y no en relación a otras no depende del lenguaje constitucional: aunque tomemos un enunciado lingüístico como la formulación de un propósito siempre podemos seguir entendiendo que subyace a este una pretensión todavía más profunda. En qué punto nos quedemos es función de una actitud ética de humildad por parte del intérprete como la que Lessig apunta.

3. El modelo del positivismo presuntivo es el que subyace a la autorestricción favorecida por algunos originalistas. De acuerdo con la regla Thayer el control de

constitucionalidad es, en esa dirección, un visado de racionalidad de la actuación legislativa.

3.1 La Tesis de la Intención Autoritativa propuesta por Raz es un requisito conceptual austero: el entendimiento, no trivial si se confronta con las tesis identificativas del material jurídico de naturaleza coherentista como es la Dworkin, de que la legislación es un producto deliberado. Tal apelación sería especialmente necesaria cuando nos enfrentamos con la Constitución originaria entendida, por razones lógicas, como un acto de habla informal (no un producto, por tanto, de la observancia de los requisitos establecidos en la reglas que confieren poderes).

3.2 La Tesis de la Intención Autoritativa se conecta con las razones que tenemos para obedecer las edicciones de la autoridad. De acuerdo con la tesis de la justificación 'normal' de la autoridad de Raz, esta es legítima cuando sus directivas, entendidas y tomadas como razones protegidas (excluyentes y reemplazantes) permiten al destinatario hacer mejor lo que, considerando todos los factores, tienen un deber de hacer (concepción 'servicial' de la autoridad, bajo los axiomas de la tesis del reemplazo, de la dependencia y de la no diferencia). Y ello es así cuando la autoridad es un mejor perito, o bien cuando resuelve problemas de coordinación, o siendo el caso que los destinatarios se encuentran inmersos en una situación del tipo dilema del prisionero. La deferencia a las pretensiones de la autoridad para interpretar sus enunciados lingüísticos es especialmente pertinente, según Marmor, cuando nos encontramos en el primer supuesto.

3.3 La indagación sobre las pretensiones del constituyente no es compatible con la caracterización que, apoyada en esa visión de la autoridad legítima, Raz da de la actitud de los destinatarios frente a las directivas. Descubrir los propósitos de aquella implica tomar las reglas no como generadoras de razones protegidas, sino como reglas indicativas. Lo que he denominado 'dilema del originalismo' alude precisamente a esta suerte de tensión que nos arrastra en dos direcciones contrapuestas: un juez originalista, tras haber indagado en el *rationale* o propósito de la formulación normativa constitucional puede constatar que la mejor forma de implementarlo es desviarse de la interpretación derivada de la lectura literal del enunciado, o bien llegar a la conclusión de la inadecuación instrumental procurada por el constituyente. El remedio sería entonces tomar siempre la Constitución como opaca o resguardada, y ello no sería otra cosa que la apuesta por la interpretación no-intencionalista, y el entendimiento de que las razones que brotan de la formulación normativa constitucional no son 'protegidas' sino 'absolutas'. En tal caso habríamos acabado abrazando no la concepción 'servicial' de la autoridad del constituyente sino la 'inspiracional'.

Una muestra de esta autorefutación lo constituye el tipo de objeciones que los jueces más decididamente originalistas de la Corte Suprema norteamericana han planteado con respecto a la aplicación de la decimocuarta enmienda de la Constitución durante el período Warren: la razón para no indagar en las intenciones del legislador ordinario (y por tanto para no practicar el *rational scrutiny test*, en sus versiones fuerte o débil) es que de las pretensiones de los promulgadores de la mencionada enmienda no se sigue una autorización para que

los jueces practiquen escrutinio alguno (examen que sí es plausible en cambio en relación a la propia Constitución).

4. Una vez socavados los presupuestos que informan la preferencia por el originalismo, la conclusión coherente del intencionalismo habría de ser el rechazo a la institución del control judicial de constitucionalidad y la primacía absoluta del poder legislativo. Ese es también el corolario al que conduce la propuesta de Marmor.

4.1 Las reglas interpretativas constitucionales dentro del paradigma intencionalista que se ha venido analizando, no mitigan totalmente el problema de la indeterminación, si consideramos el fenómeno de la vaguedad de segundo (y ordenes superiores) propio de los lenguajes naturales. No es por tanto la interpretación, la solución que nos permita discernir cuando estamos frente a un acto de aplicación de la Constitución, y cuando el intérprete constitucional actúa 'creando derecho'. Las objeciones de Endicott a la tesis de la respuesta correcta de Dworkin, no nos permiten sostener la indeterminación parcial, sino la indeterminación radical. Y si eso es así la formulación de una regla interpretativa a ser seguida no puede funcionar como el criterio de legitimidad del control judicial de constitucionalidad.

4.2 La tesis de la excepcionalidad de la interpretación de Marmor (que podemos entender como la afirmación del brocardo *in claritas non fit interpretatio*) no resuelve, como ha puesto de manifiesto Bayón, la lectura

escéptica hecha por Kripke del segundo Wittgenstein. Por otro lado, hemos de entender que precisamente en lo que hace a la interpretación constitucional, es la interpretación lo normal, y lo excepcional el entendimiento indubitado de lo que la Constitución dispone, al menos en relación a la mayoría de sus cláusulas.

La paradoja escéptica de Kripke sobre la observancia de las reglas ha de modificar nuestra comprensión de dicha actividad. Hemos de abandonar la idea de que la interpretación salva el hiato entre la regla y su seguimiento/aplicación, en términos de criterios de verdad o correspondencia con ciertos hechos. Habremos, por contra, de predicar condiciones de afirmabilidad que dependen de un consenso o acuerdo previo sobre la forma de vida.

4.3 El problema de la interpretación constitucional no es por todo ello de criterios de asignación de significado, sino de acuerdo o desacuerdo moral sobre las decisiones alcanzadas. El intencionalismo no es un instrumento que, en manos de la institución encargada del control de constitucionalidad, permita aseverar que su opción por una determinada caracterización del contenido y límites de los derechos debe imponerse sobre la que haya adoptado el legislador. Si, como creo, no resulta del todo desencaminado entender que el carácter de la Constitución, en particular, su catálogo de derechos fundamentales, es el de un documento donde se expresa una determinada concepción de la justicia política, existen razones (morales, claro) vinculadas con el respeto a la igual consideración de todos los individuos (del que resulta un derecho básico a la participación en la toma de decisiones en las materias que les afectan) para que sea esa mayoría (o la de sus

representantes) y no la del órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad la que tenga carácter final.

La rigidez constitucional, y el procedimiento de mayorías reforzadas sólo se justifican desde el elitismo moral, pero son incompatibles con la asunción, también informadora de la democracia liberal, de que sobre algunas clases de asuntos juzgamos como más importante participar que lograr un resultado óptimo. Al menos, así lo juzgamos, y así se justifica el derecho a participar, en sociedades como la nuestra, presididas por el hecho del desacuerdo moral razonable.

Bibliografía:

- Ackerman, Bruce** (1984): "The Storr Lectures: Discovering the Constitution", *Yale Law Journal*, Vol. 93, N°6, may, pp. 1013-1072.
- Aguiló Regla, Josep** (1996): "Derogación", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (Vol. 11), Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds), Madrid, Trotta, pp. 199-208.
- Albert, Hans** (1968): *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, J.C.B. Mohr (hay traducción al español de R. Gutiérrez Girardot, Buenos Aires, Sur, 1973).
- Alchourrón, Carlos E.** (1986): "Systematization and Change in the Science of Law", *Rechtstheorie*, 10, pp. 171-184.
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio** (1991a): "La concepción expresiva de las normas", en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 121-153 (originalmente "The Expressive Conception of Norms", en *Essays in Deontic Logic*, R. Hilpinen (ed), Dordrecht, Boston, London, Reidel, 1981).
- (1991b): "Definiciones y Normas", en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 439-463.
- (1974): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea (originalmente, *Normative Systems*, Wien, Springer Verlag, 1971).
- Aleinikoff, T. Alexander** (1988): "Updating Statutory Interpretation", *Michigan Law Review*, Vol. 87, N° 1, october, pp. 20-66.
- Alexander, Larry** (1996): "Originalism, or Who is Fred?", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 19, N°2, winter, pp. 321-326.
- (1995): "All or Nothing at All? The Intentions of Authorities and the Authority of Intentions", *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Andrei Marmor (ed), Clarendon Press, Oxford, pp. 357-404.
- Alexander, Larry & Sherwin, Emily** (1994): "The Deceptive Nature of Rules", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, N°4, april, pp. 1191-1225.
- Alexy, Robert** (1989): *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (traducción de Manuel Atienza e I. Espejo, del original, *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1078).
- Alonso García, Enrique** (1984): *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- Alston, William P.** (1964): *Philosophy of Language*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- Amar, Akhil Reed** (1992): "The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment", *Yale Law Journal*, Vol. 101, N°6, april, pp. 1193-1284.
- Aniskovich, William A.** (1989): "In Defense of the Framers' Intent: Civic Virtue and Bill of Rights, and the Framers' Science of Politics", *Virginia Law Review*, Vol. 75, N°7, october, pp. 1311-1361.
- Anscombe, G.E.M** (1991): *Intención*, Barcelona, Paidós/I.C.E-U.A.B (traducción de Ana Isabel Stellino del original *Intention*, Oxford, Basil Blackwell, 1957).
- Apel, Karl Otto** (1986a): "¿Es posible distinguir la razón ética de la racionalidad Estratégico-Teleológica?", en *Estudios Éticos*, Barcelona, Alfa, pp. 27-103 (Traducción de Carlos de Santiago del original, "Lässt sich ethische Vernunft von strategischen Zweckrationalität unterscheiden?"-Zum Problem der Rationalität sozialer Kommunikation und Interaktion", en *Archivio di Filosofia*, año LI, 1983).
- (1986b): "Necesidad, dificultad y posibilidad de una fundamentación filosófica de la ética en la época de la ciencia", en *Estudios Éticos*, Barcelona, Alfa, pp. 105-173 (traducción al español de Carlos de Santiago, del original alemán, "Notwendigkeit, Schwierigkeit und Möglichkeit einer philosophischen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft", en *Festschrift für K. Tsatsos*, Atenas, 1980, pp. 272 y ss).
- (1985): *La transformación de la filosofía* (Tomo II), Madrid, Taurus (traducción de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill del original alemán, *Transformation der Philosophie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1972).
- Aragón Reyes, Manuel** (1990): *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos (1ª edición de 1989).
- (1988): "La eficacia jurídica del principio democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°24, septiembre-diciembre, pp. 9-45.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan** (1996): *Las piezas del derecho. Teoría sobre los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.
- Austin, John** (1875): *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Robert Campbell (ed), New York, James Cockcroft & Company.
- Austin, John Langshaw** (1962): *How to do Things with Words*, J.O. Urmson & Marina Sbisa (eds), Cambridge (Mass), Harvard University Press (1ª edición de 1959; hay traducción al español de G. R. Carrió y E. Rabossi, *Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones*, Buenos Aires, Paidós, 1971).
- Avramides, Anita** (1989): *Meaning and Mind. An Examination of Gricean Account of Meaning*, Cambridge (Mass)-London, MIT Press.
- Ayer, A. J.** (1936): *Language, Truth and Logic*, Londres, Victor Gollancz.

- Backer, G.P. & Hacker, P.M.S** (1985): *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*, Oxford, Basil Blackwell.
- Baier, Annette** (1985): "Doing Without Moral Theory?", en *Postures of the Mind. Essays on Mind and Morals*, University of Minnesota Press, pp. 228-245.
- Baker, Keith Michael** (1975): *Condorcet: From Natural Philosophy to Social Mathematics*, Chicago, The University of Chicago Press.
- Ball, Howard** (1986-87): "The Convergence of Constitutional Law and Politics in the Reagan Administration: The Exhumation of the 'Jurisprudence of Original Intention' Doctrine", *Cumberland Law Review*, Vol. 17, N°3, 877-890.
- Bankowski, Zenon & MacCormick, Neil** (1991): "Statutory Interpretation in the United Kingdom", en *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Neil MacCormick & Robert S. Summers (eds), Dartmouth, pp. 359-406.
- Barber, Sotirios A.** (1993): *The Constitution of Judicial Power*, Baltimore-London, Johns Hopkins University Press.
- (1988): "The Federalist and the Anomalies of New Right Constitutionalism", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 15, N° 3, pp. 437-457.
- (1983a): "The Ninth Amendment: Inkblot or Another Hard Nut to Crack", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 67-87.
- (1983b): "Whither Moral Realism in Constitutional Theory? A Reply to Professor McConnell", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 111-129.
- Barnett, Randy E.** (1988): "Foreword: The Ninth Amendment and Constitutional Legitimacy", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 37-65.
- Barry, Brian** (1995): *Justice as Impartiality*, New York, Oxford University Press (hay traducción al español de José Pedro Tosaús Abadía, *La justicia como imparcialidad*, Barcelona, Paidós, 1997).
- Bassham, Gregory** (1992): *Original Intent and the Constitution. A Philosophical Study*, Lanham (Md), Rowman & Littlefield.
- Bayón Mohino, Juan Carlos** (1997): "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *Doxa*, 19 (en prensa).
- (1996a): "Deber jurídico", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (Vol. 11), Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds), Madrid, Trotta, pp. 313-331.
- (1996b): "Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho", manuscrito (Ponencia presentada en el Congreso de Filosofía y Teoría del Derecho de Vaquerías, Córdoba, Argentina, octubre).
- (1991): *La normatividad del derecho: Deber jurídico y razones*

para la acción, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

----- (1985): "El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)", *Revista de las Cortes Generales*, N°4, enero-abril, pp. 137-153.

Beard, Charles A. (1926): *The Supreme Court and the Constitution*, New York, The MacMillan Company.

Bellah, Robert N. (1975): *The Broken Covenant. American Civil Religion in Time of Trial*, New York, The Seabury Press.

Beltrán, Elena (1995): "El neoliberalismo (2): La filosofía política de John Rawls", en *Historia de la teoría política*, Vol. 6, Fernando Vallespín (ed), Madrid, Alianza, pp. 88-150.

Beltrán de Felipe, Miguel (1989): *Originalismo e interpretación: Dworkin v. Bork, una polémica constitucional*, Madrid, Civitas.

Benedict, Michael Les (1981): "To secure these Rights: Rights, Democracy and Judicial Review in the Anglo-American Constitutional Heritage", *Ohio State Law Journal*, Vol. 42, N°1, pp. 69-85.

Bennett, Robert W. (1988): "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell Law Review*, Vol. 73, N°2, january, pp. 355-358.

----- (1984): "Objectivity in Constitutional Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 132, pp. 445-496.

Bennett, Jonathan (1974): "Counterfactuals and Possible Worlds", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. IV, N°2, december, pp. 381-402.

Bentham, Jeremy (1983): "Constitutional Code for the Use of all Nations and Governments professing Liberal Opinions", en *The Collected Works of Jeremy Bentham (Vol. I, Constitutional Code)*, F. Rosen & J. H. Burns (eds), Oxford, Clarendon Press.

Berger, Raoul (1988): "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell Law Review*, Vol. 73, N°2, january, pp. 350-354.

----- (1986a): "New Theories of 'Interpretation': The Activist Flight from the Constitution", *Ohio State Law Journal*, Vol. 47, N°1, pp. 1-45.

----- (1986, b): "Some Reflections on Interpretivism", *The George Washington Law Review*, Vol. 55, N°1, november, pp. 1-16.

----- (1981): "Ely's 'Theory of Judicial Review' ", *Ohio State Law Journal*, Vol. 42, N°1, pp. 87-130.

----- (1977): *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.

- Bickel, Alexander** (1986): *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-London, Yale University Press (1ª edición de 1962).
- (1975): *The Morality of Consent*, New Haven-London, Yale University Press.
- (1955): "The Original Understanding and the Segregation Decision", *Harvard Law Review*, Vol. 69, N°1, november, pp. 1-65.
- Biro, John** (1979): "Intentionalism in the Theory of Meaning", *The Monist*, Vol. 62, N°2, april, pp. 238-258.
- Bix, Brian** (1995): "Questions in Legal Interpretation", en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, A. Marmor (ed), Oxford, clarendon Press, pp. 137-154.
- (1992): "Michael Moore's Realist Approach to Law", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, N°4, pp. 1293-1331.
- Bjarup, Jes** (1988): "Kripke's Case. Some Remarks on Rules, their Interpretation and Application", *Rechtstheorie*, Vol. 19, pp. 39-49.
- Black, Hugo** (1968): *A Constitutional Faith*, New York, Knopf.
- Blackburn, Simon** (1997): "How to be an Ethical Antirealist", en *Moral Discourse & Practice*, Stephen Darwall, Allan Gibbard & Peter Railton (eds), New York-Oxford, Oxford University Press, pp. 167-178 (originalmente en *Midwest Studies in Philosophy*, Vol. 12, 1988, pp. 361-375).
- (1993): "Errors and the Phenomenology of Value", en *Essays in Quasi-Realism*, New York-Oxford, Oxford University Press, pp. 149-165 (originalmente en *Morality and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, Ted Honderich (ed), London, Routledge & Kegan Paul, 1985, pp. 1-22).
- (1984): *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford, Clarendon Press.
- Blackstone, William** (1979): *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press (edición facsimil de la primera edición de 1765-1769).
- Bobbitt, Philip** (1991): *Constitutional Interpretation*, Oxford-Cambridge, Blackwell.
- Bork, Robert H.** (1990): *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press.
- (1986): "Judicial Review and Democracy", en *Encyclopedia of the American Constitution* (Vol. 3), Leonard W. Levy, Kenneth L. Karst & Dennis J. Mahoney (eds), New York, MacMillan, pp. 1061-1064.
- (1984): *Tradition and Morality in Constitutional Law (The Francis Boyer Lecture on Public Policy)*, American Enterprise Institute for Public

Policy Research.

- (1979): "The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 1979, N°3, summer, pp. 695-701.
- (1971): "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, Vol. 47, N°1, fall, pp. 1-35.
- Bostock, David** (1988): "Necessary Truth and A Priori Truth", *Mind*, Vol. 97, N°387, july, pp. 343-379.
- Boyd, Richard N.** (1988): "How to Be a Moral Realist", en *Essays on Moral Realism*, Geoffrey Sayre-McCord (ed), Ithaca-London, pp. 181-228.
- Bradley, Gerald V.** (1992): "The Bill of Rights and Originalism", *University of Illinois Law Review*, Vol 1992, N° 2, pp. 417-443.
- Bradley, Raymond D.** (1984): "Essentialism and the New Theory of Reference", *Dialogue*, Vol. XXIII, N°1, march, pp. 59-77.
- Brennan, Terry** (1992): "Natural Rights and the Constitution: the Original 'Original Intent' ", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 15, N°3, summer, pp. 965-1029.
- Brest, Paul** (1980): "The Misconceived Quest for the Original Understanding", *Boston University Law Review*, Vol. 60, pp. 204-238
- Brink, David O.** (1989a): *Moral Realism and the Foundation of Ethics*, Cambridge (Mass), Cambridge University Press.
- (1989b): "Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. II, N°2, july, pp. 181-191.
- (1988): "Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 17, N°2, spring, pp. 105-148.
- Bulygín, Eugenio** (1991a): "Validez y positivismo", en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499-519.
- (1991b): "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa*, 9, 1991, pp. 257-279.
- Burns, Linda C.** (1991): *Vagueness. An Into Natural Languages and the Sorites Paradox*, Dordrecht-London-Boston, Kluwer Academic Press.
- Burton, Harold B.** (1987): "Marbury v. Madison: The Cornerstone of Constitutional Law", en *The Supreme Court and its Justices*, Jesse Choper (ed), Chicago, American Bar Association.
- Bush, George** (1988): "The Interaction of the Legislative, Judicial, and Executive

Branches in the Making of Foreign Policy", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 11, N°1, winter, pp. 1-3.

Campos, Paul (1993): "That Obscure Object of Desire: Hermeneutics and the Autonomous Legal Text", *Minnesota Law Review*, Vol. 77, N°5, may, pp. 1065-1095.

Caplan, Russell L. (1983): "The History and Meaning of the Ninth Amendment", *Virginia Law Review*, Vol. 69, N°2, march, pp. 223-268.

Cappelletti, Mauro (1986): *Le Controle Jurisdictionnel des Lois. Lègitimité, effectivité et développements récents*, Actes du Colloque de l'Association Internationale des Sciences Juridiques (Uppsala, 26-28 juin, 1984), París, Economica.

----- (1980): "The 'Mighty Problem' of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis", *Southern California Law Review*, Vol. 53, N°2, january, pp. 409-445.

----- (1966): *El Control Judicial de Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado*, México, UNAM.

Caracciolo, Ricardo (1996): "Sistema jurídico", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (Vol. 11), Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds), Madrid, Trotta, pp. 161-176.

Casullo, Albert (1977): "Kripke on the 'A priori' and the Necessary", *Analysis*, Vol. 37, january, pp. 152-159.

Chereminsky, Erwin (1987): *Interpreting the Constitution*, New York-Westport-London, Praeger.

Chisholm, Roderick (1946): "The Contrary-to-fact Conditional", *Mind*, Vol. 55, N° 220, october, pp. 289-307.

Clinton, Robert Lowry (1989): *'Marbury v. Madison' and Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas.

Cohen, Morris R. (1946): "Constitutional and Natural Rights in 1789 and Since", en *The Faith of a Liberal*, New York, Henry Holt and Company, pp. 175-193.

Coleman, Jules & Leiter, Brian (1995): "Determinacy, Objectivity, and Authority", en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Andrei Marmor (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 203-278.

Cooley, Thomas M. (1972): *A Treatise of the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, New York, Da Capo Press (reimpresión de la edición original de 1868, Boston, Little, Brown and Company).

Cornford, F.M. (1980): *Antes y después de Sócrates*, Barcelona, Ariel (traducción al español de Antonio Pérez Ramos del original, *Before and After Socrates*,

Cambridge, Cambridge University Press, 1926).

Cortina, Adela (1992): "La ética discursiva", en *Historia de la Ética*, Vol. 3, Victoria Camps (ed), Barcelona, Crítica, pp. 533-576.

Cox, Archibald (1979): *The Warren Court: Constitutional decisions as an instrument of reform*, Cambridge (Mass), Harvard University Press (primera edición de 1968).

Creswell, M.J. (1988): "Possible Worlds", en *Semantical Essays. Possible Worlds and their Rivals*, Dordrecht, Kluwer, pp. 3-11.

Curtis, Michael Kent (1986): *No State Shall Abridge. The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham, Duke University Press.

Dahl, Robert A. (1957): "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law*, Vol 6, N°2, fall, pp. 279-295.

Darwall, Stephen; Gibbard, Allan & Railton Peter (1992): "Toward *Fin de siècle* Ethics: Some Trends", *The Philosophical Review*, Vol. 101, N°1, pp. 115-189 (ahora reproducido en *Moral Discourse & Practice*, Stephen Darwall, Allan Gibbard & Peter Railton, New York-Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 3-47).

Dascal, Marcelo & Wróblewski, Jerzy (1988): "Transparency and Doubt: Understanding Interpretation in Pragmatics and in Law", *Law and Philosophy*, Vol. 7, N°2, august, pp. 203-224.

Davidson, Donald (1991): "Interpretación radical", en *La búsqueda del significado*, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 354-369 (traducción de Luis Ml. Valdés Villanueva del original, "Radical Interpretation", en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1984).

----- (1984a): "Truth and Meaning", en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, pp. 17-36.

----- (1984b): "On the Very Idea of a Conceptual Scheme", en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, pp. 183-198.

----- (1984c): "Communication and Convention", en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, pp. 265-280.

----- (1980): "Actions, Reasons and Causes", en *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, pp. 3-19.

Davis, Steven (1994): "The Grice Program and Expression Meaning", *Philosophical Studies*, Vol. 75, pp. 293-299.

De Páramo Argüelles, Juan Ramón (1988): "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°22, enero-abril, pp. 89-119.

- De Sousa, R. B.** (1974): "Kripke on Naming and Necessity", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. III, N°3, march, pp. 447-464.
- Denkel, Arda** (1992): "Natural Meaning", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 70, N°3, september, pp. 296-306.
- Díaz, Elías** (1990): *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Dickerson, Reed** (1975): "Statutory Interpretation: A Peek into the Mind and Will of a Legislature", *Indiana Law Journal*, Vol. 50, N° 2, winter, pp. 206-237.
- Dworkin, Ronald** (1997): "Comment", en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Amy Gutmann (ed), Princeton, Princeton University Press, pp. 115-127.
- (1996a): *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.
- (1996b): "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, N°2, spring, pp. 87-139.
- (1993): *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Knopf (existe traducción al español de Ricardo Caracciolo, *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994).
- (1990a): *A Bill of Rights for Britain*, London, Chatto and Windus.
- (1990b): "Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review*, Vol. 28, N°2, pp. 324-346.
- (1990c): "Bork's Jurisprudence", *University of Chicago Law Review*, Vol. 57, spring, pp. 657-677.
- (1987): "From Bork to Kennedy", *New York Review of Books* (17-12-1987).
- (1986): *Law's Empire*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.
- (1985): *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.
- (1977): *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass), Harvard University Press (hay traducción española de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989).
- Easterbrook, Frank H.** (1988): "The Role of Original Intent in Statutory Construction", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 11, N°1, winter, pp. 59-66.
- Elster, Jon** (1995): "Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in the

Revolutionary Epoch", en *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Eivind Smith (ed), La Haya, Kluwer Law International, pp. 3-21.

----- (1994): *Lógica y sociedad. Contradicciones y mundos posibles*, Barcelona, Gedisa (traducción de Margarita N. Mizraji, del original, *Logic and Society. Contradictions and Possible Worlds*, Great Britain, John Wiley and Sons, 1978).

----- (1993): "Majority Rule and Individual Rights", en *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Stephen Shute & Susan Hurley (eds), New York, Basic Books, pp. 176-216.

----- (1979): "Ulysses and the Sirens: A Theory of Imperfect Rationality", en *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, pp. 36-111.

Ely, John Hart (1991): "Another Such Victory: Constitutional Theory and Practice in a World where Courts are no Different from Legislatures", *Virginia Law Review*, Vol. 77, N°4, may, pp. 833-879.

----- (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.

----- (1973): "The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade", *Yale Law Journal*, Vol. 82, pp. 920-949.

Endicott, Timothy (1997): "Vagueness and Legal Theory", *Legal Theory*, Vol. 3, 1997, pp. 37-63.

Eskridge, William N. (1987): "Dynamic Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, N°6, july, pp. 1479-1555.

Evans, Gareth (1977): "The Causal Theory of Names", en *Naming, Necessity and Natural Kind Terms*, Stephen P. Schwartz (ed), Ithaca-London, Cornell University Press, pp. 192-215.

Facione, Peter A. (1973): "Meaning and Intending", *American Philosophical Quarterly*, Vol. 10, N°4, october, pp. 277-287.

----- (1972): "The Problem of Defining Utterer's Meaning", *Southwestern Journal of Philosophy*, Vol. 3, pp. 75-84.

Fairman, Charles (1949-1950): "Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?", *Stanford Law Review*, Vol. 2, pp. 5-139.

Falk, W. D. (1947-1948): "'Ought' and Motivation", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 48, 1947-48, pp. 111-138.

Fallon Jr., Richard H. (1989): "What is Republicanism, and is it worth reviving it?", *Harvard Law Review*, Vol. 102, may, pp. 1695-1735.

Feldman, Louis E. (1992): "Originalism through Raz-colored Glasses", *University of*

Pennsylvania Law Review, Vol. 140, april, pp. 1389-1428.

Fernández, Eusebio (1984): *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate.

Ferreres-Comella, Víctor (1996): *Judicial Review of Legislation in a Parliamentary Democracy*, JSD Dissertation (manuscrito).

Finkelman, Paul (1989): "The Constitution and the Intentions of the Framers: The Limits of Historical Analysis", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 50, N°2, winter, pp. 349-398.

Fish, Stanley (1992): "Play of Surfaces: Theory and the Law", en *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Gregory Leyh (ed), Berkeley, University of California Press, pp. 297-316.

————— (1987): "Dennis Martinez and the Uses of Theory", *Yale Law Journal*, Vol. 96, N°8, july, pp. 1773-1800.

————— (1984): "Fish v. Fiss", *Stanford Law Review*, Vol. 36, N°6, july, pp. 1325-1347.

Fiss, Owen (1985): "Conventionalism", *Southern California Law Review*, Vol. 58, N°2, january, pp. 177-197.

————— (1982): "Objectivity and Interpretation", *Stanford Law Review*, Vol. 34, N°4, april, pp. 739-763.

Frankena, William (1958): "Obligation and Motivation in Recent Moral Philosophy", en *Essays in Moral Philosophy*, A. I. Melden (ed), Seattle-London, University of Washington Press, pp. 40-81.

————— (1939): "The Naturalistic Fallacy", *Mind*, Vol. 48, 1939, pp. 464-477.

Frankfurter, Felix (1965): "Memorandum on 'Incorporation' of the Bill of Rights Into the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment", *Harvard Law Review*, Vol. 78, N°4, february, pp. 746-783.

————— (1947): "Some Reflections on the Reading of Statutes", *Columbia Law Review*, Vol. 47, N° 4, may, pp. 527-546

Freeman, Samuel (1994): "Political Liberalism and the Possibility of a Just Democratic Constitution", *University of Chicago-Kent Law Review*, Vol. 69, pp. 619-668.

————— (1992): "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, N°1, winter, pp. 3-42.

————— (1990-1991): "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 9, N°4, pp. 327-370.

Frege, Gottlob (1991): "Sobre el sentido y la referencia", en *La búsqueda del*

significado, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 25-29 (traducción de Ulises Moulines del original, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, nueva serie, N°100, 1982, pp. 25-50).

Furrow, Barry R. et al (1991): *Bioethics: Health Care Law and Ethics*, St. Paul (Minn), West Publishing.

Gallie, W.B. (1956): "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 56, pp. 167-198.

Gans, Chaim (1981): "The Normativity of Law and Its Co-ordinative Function", *Israel Law Review*, Vol. 16, N°3, pp. 333-349.

García Suárez, Alfonso (1978): "Necesidad, identidad y designación rígida", *Teorema*, Vol. 8, N°3-4, pp. 285-298.

García-Carpintero, Manuel (1996): *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Barcelona, Ariel.

García De Enterría, Eduardo (1995): *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas.

----- (1988): *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas (1ª edición de 1981)

García Manrique, Ricardo (1996): *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Gardner, James A. (1991): "The Positivist Foundations of Originalism: An Account and Critique", *Boston University Law Review*, Vol. 71, january, pp. 1-45.

Gargarella, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel.

----- (1991): "La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, varios autores, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (*Cuadernos y Debates*, N°29), pp. 173-204.

Garzón Valdés, Ernesto (1994): "Instituciones suicidas", *Isegoría*, N°9, abril, pp. 64-128.

----- (1993): "Representación y democracia", en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 631-650.

----- (1989): "Algo más acerca del 'coto vedado' ", *Doxa*, 6, pp. 209-213.

Gascón Abellán, Marina (1994): "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°41, mayo-agosto, pp. 63-87.

- Gewirth, Alan** (1984): "Are There Any Absolute Rights?", en *Theories of Rights*, Jeremy Waldron (ed), New York, Oxford University Press, pp. 91-109.
- Gey, Steven** (1993): "The Unfortunate Revival of Civic Republicanism", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, January, pp. 801-898.
- Gibbons, John J.** (1991): "Intentionalism, History and Legitimacy", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, N°2, December, pp. 613-645.
- Goldsworthy, Jeffrey** (1995): "Some Skepticism About Moral Realism", *Law and Philosophy*, Vol. 14, N°3-4, November, pp. 357-374.
- Goodman, Nelson** (1947): "The Problem of Counterfactual Conditionals", *The Journal of Philosophy*, Vol. XLIV, N°5, February, pp. 113-128.
- Graglia, Lino A.** (1996): "It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 18, N°2, Winter, pp. 293-299.
- Grandy, Richard E.** (1989): "On Grice on Language", *The Journal of Philosophy*, Vol. 86, N°10, October, pp. 514-525.
- Grano, Joseph D.** (1981): "Judicial Review and a Written Constitution in a Democratic Society", *Wayne Law Review*, Vol. 28, N°1, Fall, pp. 1-75.
- Green, Leslie** (1985): "Authority and Convention", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 35, N°141, October, pp. 329-346.
- (1983): "Law, Coordination and the Common Good", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 3, N°3, pp. 299-324.
- Grey, Thomas C.** (1988): "The Uses of an Unwritten Constitution", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N° 1, pp. 211-238.
- (1984): "The Constitution as Scripture", *Stanford Law Review*, Vol. 37, N°1, November, pp. 1-25.
- (1975): "Do We Have an Unwritten Constitution?", *Stanford Law Review*, Vol. 27, February, pp. 703-718.
- Grice, H.P.** (1991): "Lógica y conservación", en *La búsqueda del significado*, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 511-530 (traducción de Juan José Acero del original, "Logic and Conversation", en *Syntax and Semantics: Speech Acts* (Vol. III), P. Cole & J. L. Morgan (eds), New York, Academic Press, 1975, pp. 41-59 y posteriormente en Paul Grice, *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass)-London, Harvard University Press, 1989, pp. 22-40).
- (1989): "Meaning Revisited", en *Studies in the Way of Words*, Cambridge (Mass)-London, Harvard University Press, pp. 283-303.
- (1969): "Utterer's Meaning and Intention", *The Philosophical Review*, Vol. 78, N°2, April, pp. 147-177 (hay traducción al español de J. José Acero, "Las intenciones y el significado del hablante", en *La búsqueda del*

significado, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 481-510).

----- (1968): "Utterer's Meaning, Sentence-Meaning, and Word-Meaning", *Foundations of Language*, Vol. 4, N°3, august, pp. 225-242.

----- (1957): "Meaning", *The Philosophical Review*, Vol. 56, N°3, pp. 377-388 (existe una versión en castellano, "Significado", *Cuadernos de Crítica*, México, 1978).

Guastini, Riccardo (1993): *Le Fonti del Diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè.

Gutmann, Amy (1986): "The Rule of Rights or the Right to Rule?", en *Justification. Nomos XXVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, J. Roland Pennock & John W. Chapman (eds), New York-London, New York University Press, pp. 165-177.

Gutmann, Amy & Thompson, Dennis (1995): "Moral Disagreement in a Democracy", en *Contemporary Political and Social Philosophy*, Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller y Jeffrey Paul (eds), Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp. 87-110.

Habermas, Jürgen (1994): "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", *Ratio Juris*, Vol. 7, N°1, march, pp. 1-13.

----- (1985): *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península (traducción de Ramón García Cotarelo del original, *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln*, Frankfurt Am Main, Suhrkamp Verlag, 1983).

Haines, Charles Grove (1932): *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley, University of California Press (1ª edición de 1914).

Halbrook, Stephen P. (1991): "The Original Understanding of the Second Amendment", en *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Eugene W. Hickok (ed), University Press of Virginia, pp. 117-129.

Hamilton, Alexander (1888): *The Federalist*, N°LXXVIII, en Henry Cabot Lodge (ed), New York-London, G. P. Putnam's Sons, pp. 482-491.

Hamner Hill, H. (1988): "Between Clause-bound Literalism and Value Imposition: A Positivist Noninterpretivist Theory of Judicial Review", en *Philosophical Dimensions of the Constitution*, Diana T. Meyers & Kenneth Kipnis (eds), Boulder-London, Westview Press, pp. 96-118.

Hare, R. M. (1978): "Rawls' Theory of Justice", en *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice*, Norman Daniels (ed), Oxford, Basil Blackwell, pp. 81-107.

----- (1952): *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press (existe traducción al español de G. R. Carrió y Eduardo Rabossi, *El lenguaje de la moral*, México, UNAM, 1975).

- Harman, Gilbert** (1991): "Semántica del rol conceptual", en *La búsqueda del significado*, Luis M. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 561-582 (buscar original y traductor).
- (1977): *The Nature of Morality. An Introduction to Ethics*, New York, Oxford University Press (hay traducción al español de Cecilia Hidalgo, *La naturaleza de la moralidad. Una introducción a la ética*, México, UNAM, 1983).
- Hart, H.L.A.** (1982): "Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, pp. 243-268.
- (1961): *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press (hay traducción al español de G. R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963).
- (1952): "Signs and Words", *Philosophical Quarterly*, Vol. 27, pp. 59-62.
- Hazard, Geoffrey C.** (1978): "The Supreme Court as a Legislature", *Cornell Law Review*, Vol. 64, N°1, november, pp. 1-27.
- Hierro Sánchez-Pescador, José** (1990): *Significado y verdad. Ensayos sobre semántica filosófica*, Madrid, Tecnos.
- (1982): *Principios de filosofía del lenguaje*, Tomo II, Madrid, Alianza.
- (1978): "Nombres", *Teorema*, Vol. 8, N°3-4, pp. 187-199.
- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio** (1982): "¿Derechos humanos o necesidades básicas? Problemas de un concepto", *Sistema*, Vol. 46, enero, pp. 45-61.
- Hirsch, E.D.** (1988): "Counterfactuals in Interpretation", en *Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, Sanford Levinson & Steven Mailloux (eds), Evanston, Northwestern University Press, pp. 55-68.
- Hogan, Patrick Colm** (1996): *On Interpretation. Meaning and Inference in Law, Psychoanalysis, and Literature*, Athens-London, The University of Georgia Press.
- Holmes, Oliver Wendell** (1899): "The Theory of Legal Interpretation", *Harvard Law Review*, Vol. 12, N°6, january, pp. 417-420
- Holmes, Stephen** (1988a): "Gag rules or the politics of omission", en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster and Rune Slagstad (eds), Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp. 19-58.
- (1988b): "Precommitment and the paradox of democracy", en *Constitutionalism and Democracy*, pp. 195-249.

- Horwitz, Morton J.** (1989): "The Meaning of the Bork Nomination in American Constitutional History", *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 50, N°2, winter, pp. 655-665.
- Hoy, David Couzens** (1988): "A Hermeneutical Critique of the Originalism/Nonoriginalism Distinction", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 15, N°3, pp. 479-498.
- Hudson, W. D.** (1987): *La filosofía moral contemporánea*, Madrid, Alianza Universidad (1ª edición de 1975, traducción de José Hierro Sánchez-Pescador, del original *Modern Moral Philosophy*, London, MacMillan Press, 1970).
- Hurd, Heidi** (1995): "Interpreting Authorities", en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Andrei Marmor (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 405-432.
- (1990): "Sovereignty in Silence", *Yale Law Journal*, Vol. 99, N°5, march, pp. 945-1028.
- Hutson, James H.** (1990): "The Creation of the Constitution: The Integrity of the Documentary Record", en *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*, Jack N. Rakove (ed), Northeastern University Press, pp. 151-178.
- Jaffa, Harry V.** (1994): "What Were the Original Intentions of the Framers of the Constitution of the United States?", en *Original Intent and the Framers' Constitution. A Disputed Question*, Harry V. Jaffa, Bruce Ledewitz, Robert L. Stone & George Anastaplo (eds), Regnery Gateway, pp. 13-54.
- Jiménez Redondo, Manuel** (1983): *Constructivismo, Rawls, Nozick*, Departamento de Filosofía Práctica, Universidad de Valencia.
- Kahn, Paul W.** (1989): "Community in Contemporary Constitutional Theory", *Yale Law Journal*, Vol. 99, october, pp. 1-85.
- Kant, Immanuel** (1986): *Crítica de la razón pura*, Buenos Aires, Losada (9ª edición, traducción de José Rovira Armengol).
- Kates, Don B. Jr.** (1991): "Minimalist Interpretation of the Second Amendment", en *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Eugene W. Hickok (ed), University Press of Virginia, pp. 130-147.
- (1983): "Handgun Prohibition and the Original Meaning of the Second Amendment", *Michigan Law Review*, Vol. 82, N°2, november, pp. 204-273.
- Kay, Richard S.** (1996): " 'Originalist' Values and Constitutional Interpretation", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 19, N°2, winter, pp. 335-341.
- (1989): "Original Intentions, Standard Meanings, and the Legal Character of the Constitution", *Constitutional Commentary*, Vol. 6, N°1,

winter, pp. 39-50.

----- (1988): "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses", *Northwestern University Law Review*, Vol. 82, N° 2, winter, pp. 226-292.

----- (1981): "Preconstitutional Rules", *Ohio State Law Journal*, Vol. 42, N°1, pp. 187-207.

Kelsen, Hans (1988): "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Juan Ruiz Manero (ed), Madrid, Debate, pp. 109-155 (originalmente, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928, pp. 197-257; la traducción es de Juan Ruiz Manero).

----- (1983): *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos (traducción al español de Manuel Sánchez Sarto).

----- (1981): *Teoría pura del derecho*, México, UNAM (1ª edición de 1979, del original alemán, *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, Viena, 1960, traducida al español por Roberto J. Vernengo).

Kemmerling, Andreas (1980): "How Many Things Must a Speaker Intend (Before He Is Said to Have Meant)?", *Erkenntnis*, Vol. 15, N°3, november, pp. 333-341.

Korsgaard, Christine M. (1986): "Skepticism about Practical Reason", *The Journal of Philosophy*, Vol. 83, N°1, january, pp. 5-25.

Kripke, Saul (1991): "Identidad y necesidad", en *La búsqueda del significado*, Luis M. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 98-130 (traducción de Margarita M. Valdés del original, "Identity and Necessity", en *Identity and Individuation*, M. K. Munitz (ed), New York, New York University Press, 1971, pp. 135-164.

----- (1988): *Naming and Necessity*, Oxford, Basil Blackwell (reimpresión de la primera edición de 1980; originalmente en *Semantics of Natural Language*, Donald Davidson & Gilbert Harman (eds), Dordrecht, D. Reidel, 1972).

----- (1982): *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.

Kuflik, Arthur (1977): "Majority Rule Procedure", *Due Process. Nomos XVIII*. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, J. Roland Pennoch & John W. Chapman, New York, New York University Press, pp. 296-332.

Kurland, Philip B. (1970): *Politics, the Constitution, and the Warren Court*, Chicago, University of Chicago Press.

Kuroda, (1989): "An Explanatory Theory of Communicative Intentions", *Linguistics*

and Philosophy, Vol. 12, N°6, pp. 655-681.

Landes, William N. & Posner, Richard A. (1975): "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective", *Journal of Law and Economics*, Vol. 18, N°3, december, pp. 875-905.

Landis, James (1930): "A Note on Statutory Interpretation", *Harvard Law Review*, Vol. 43, N°6, april, pp. 886-893.

Landry, Thomas K. (1992): "Unenumerated Federal Rights: Avenues for Application against the States", *Florida Law Review*, Vol. 44, N°2, april, pp. 219-258.

Laporta San Miguel, Francisco J. (1987a): "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, 4, pp. 23-46.

----- (1987b): "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero", *Doxa*, 4, pp. 71-77.

Lee, Win-Chiat (1989): "Statutory Interpretation and the Counterfactual Test for Legislative Intention", *Law and Philosophy*, Vol. 8, pp. 383-404.

Leonard, Henry S. (1959): "Interrogatives, Imperatives, Truth, Falsity and Lies", *Philosophy of Science*, Vol. 26, pp. 172-186.

----- (1959): "Authorship and Purpose", *Philosophy of Science*, Vol. 26, pp. 277-294.

Les Benedict, Michael (1981): "To secure these Rights: Rights, Democracy and Judicial Review in the Anglo-American constitutional heritage", *Ohio State Law Journal*, Vol. 42, N°1, pp. 69-85.

Lessig, Lawrence (1993): "Fidelity in Translation", *Texas Law Review*, Vol. 71, may, pp. 1166-1268.

Levinson, Sanford (1988): "Constitutional Rhetoric and the Ninth Amendment", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 163-173.

Lewis, David (1991): "Counterfactual Dependence and Time's Arrow", en *Conditionals*, Frank Jackson (ed), Oxford, Oxford University Press, pp. 46-75 (originalmente en *Noûs*, XIII, 1979, pp. 455-476).

----- (1986): *Convention. A Philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell (primera edición de 1969).

----- (1973): *Counterfactuals*, Oxford, Basil Blackwell.

----- (1972): "General Semantics", en *Semantics of Natural Language*, Donald Davidson y Gilbert Harman (eds), Dordrecht, D. Reidel, pp. 169-218.

Lewy, Leonard (1988): *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, MacMillan.

- Li, Chenyang** (1993): "Natural Kinds: Direct Reference, Realism, and the Impossibility of Necessary A Posteriori-Truth", *Review of Metaphysics*, Vol. 47, N°2, december, pp. 261-276.
- Lind, JoEllen** (1993): "Liberty, Community and the Ninth Amendment", *Ohio State Law Journal*, Vol. 54, N°5, pp. 1259-1323.
- Locke, John** (1980): *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Madrid, Editora Nacional (traducción de Mª Esmeralda García).
- Lynch, Gerald E.** (1984): "Constitutional Law as Moral Philosophy", *Columbia Law Review*, Vol. 84, N°2, march, pp. 537-557.
- Lyons, David** (1993): "Basic Rights and Constitutional Interpretation", en *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, New York, Cambridge University Press, 1993, pp. 185-201 (originalmente en *Social Theory and Practice*, Vol. 16, 1990, pp. 337-357).
- (1988): "A Preface to Constitutional Theory", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 15, N° 3, pp. 459-477 (ahora recogido en *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, New York, Cambridge University Press, 1993, pp. 169-184).
- (1978): "Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments", en *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice*, Norman Daniels (ed), Oxford, Basil Blackwell, pp. 141-167.
- Macbeth, Danielle** (1995): "Names, Natural Kind Terms, and Rigid Designation", *Philosophical Studies*, Vol. 79, pp. 259-281.
- Maccallum, Gerald C. Jr** (1966): "Legislative Intent", *Yale Law Journal*, Vol. 75, N°5, april, pp. 754-787.
- MacCormick, Neil** (1973): "Legal Obligation and the Imperative Fallacy", en *Oxford Series in Jurisprudence (second series)*, A.W.B. Simpson (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 100-130.
- MacCormick, Neil & Bankowski, Zenon** (1986): "Speech Acts, Legal Institutions, and Real Laws", en *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Neil MacCormick and Peter Birks (eds), Oxford, Clarendon Press, pp. 121-133.
- MacDowell, John** (1997a): "Values and Secondary Qualities", en *Moral Discourse & Practice*, Stephen Darwall, Allan Gibbard & Peter Railton (eds), New York-Oxford, Oxford University Press, pp. 201-213 (originalmente en *Morality and Objectivity: A Tribute to J. L. Mackie*, Ted Honderich (ed), London, Routledge & Kegan Paul, 1985).
- (1997b): "Projection and Truth in Ethics", en *Moral Discourse & Practice*, Stephen Darwall, Allan Gibbard & Peter Railton (eds), New York-Oxford, Oxford University Press, pp. 215-225 (originalmente *The Lindley Lecture*, The University of Kansas, Department of Philosophy, 1987).

Macedo, Stephen (1988): "Reasons, Rhetoric and the Ninth Amendment: A Comment on Sanford Levinson", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 163-173.

----- (1987): *The New Right v. the Constitution*, Washington D.C., Cato Institute.

MacIntyre, Alasdair (1981): *After Virtue. A Study in Moral Theory*, London, Duckworth (hay traducción al castellano de Amelia Valcárcel, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1988).

Mackay, A. F. (1972): "Professor Grice's Theory of Meaning", *Mind*, Vol. 87, pp. 57-66.

Mackie, John (1984): "Can There Be a Right-Based Moral Theory?", en *Theories of Rights*, Jeremy Waldron (ed), New York, Oxford University Press, pp. 168-181.

----- (1977): *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin.

Maltz, Earl M. (1994): *Rethinking Constitutional Law. Originalism, Interventionism and the Politics of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas.

----- (1987 a): "The Failure of Attacks on Constitutional Originalism", *Constitutional Commentary*, Vol. 4, N°1, winter, pp. 43-56.

----- (1987b): "Foreword: The Appeal of Originalism", *Utah Law Review*, Vol. 1987, N°4, pp. 773-805.

Marcus, Maeva (1995): "The Founding Fathers, *Marbury v. Madison*-and so what?", en *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Eivind Smith (ed), La Haya, Kluwer Law International, pp. 23-50.

Margolis, Joseph (1973): "Meaning, Speakers' Intentions, and Speech Acts", *Review of Metaphysics*, Vol. 26, pp. 681-695.

Marmor, Andrei (1995): "Autoridades y personas", *Doxa*, 17-18, pp. 303-330.

----- (1992): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.

Martin, Rex (1985): *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas.

Massey, Calvin R. (1987): "Federalism and Fundamental Rights: The Ninth Amendment", *Hastings Law Journal*, Vol. 38, N°2, january, pp. 305-344.

Matthen, Mohan (1984): "Ostension, Names and Natural Kind Terms", *Dialogue*, Vol. XXIII, N°1, march, pp. 43-58.

McConnell, Michael W. (1995): "Originalism and the Segregation Decisions", *Virginia Law Review*, Vol. 81, N°4, may, pp. 947-1140.

----- (1988a): "On Reading the Constitution", *Cornell Law Review*, Vol.

73, N°2, january, pp. 359-363.

————— (1988b): "A Moral Realist Defense of Constitutional Democracy", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 89-109.

McKinsey, Michael (1983): "Psychologism in Semantics", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 13, N°1, march, pp. 1-25.

Meese III, Edwin (1987): "The Moral Foundations of Government", en *Still the Law of the Land? Essays on Changing Interpretations of the Constitution*, Hillsdale College Press, pp. 63-77.

————— (1985): "Construing the Constitution", *University of California Davis Law Review*, Vol. 19, N°1, fall, pp. 22-30.

Melone, Albert P. y Mace, George (1988): "*Marbury v. Madison*: The Historical and Political Setting", en *Judicial Review and American Democracy*, Albert P. Melone & George Mace (eds), Iowa State University Press, pp. 37-48.

Michelman, Frank I. (1986): "Foreword: Traces of Self-Government", *Harvard Law Review*, Vol. 100, N°4, november, pp. 4-76.

————— (1973): "In pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 121, N°5, may, pp. 962-1019.

Miller, Arthur Selwyn (1978): "Some Pervasive Myths about the United States Supreme Court", en *The Supreme Court. Myth and Reality*, Greenwood Press, pp. 13-49.

Miller, Geoffrey P. (1990): "Pragmatics and the Maxims of Interpretation", *Wisconsin Law Review*, Vol. 1990, N°5, pp. 1179-1225.

Monaghan, Henry Paul (1981): "Our Perfect Constitution", *New York University Law Review*, Vol. 56, N°s. 2-3, may-june, pp. 353-396.

Moore, G. E. (1992): *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press (1ª edición de 1903).

Moore, Michael S. (1995): "Interpreting Interpretation", en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Andrei Marmor (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 1-29.

————— (1989a): "The Written Constitution and Interpretivism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 12, N°1, winter, pp. 3-14.

————— (1989b): "The Interpretive Turn in Modern Theory. A Turn for the Worse?", *Stanford Law Review*, Vol. 41, N°4, april, pp. 871-957.

————— (1988): "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", *Cornell Law Review*, Vol. 73, N°2, january, pp. 364-370.

- (1985): "A Natural Law Theory of Interpretation", *Southern California Law Review*, Vol. 58, N°2, January, pp. 277-398.
- (1982): "Moral Reality", *Wisconsin Law Review*, Vol. 1982, N°6, pp. 1061-1156.
- (1981): "The Semantics of Judging", *Southern California Law Review*, Vol. 54, N° 2, January, pp. 151-294.
- Moreso Mateos, José Juan** (1993): "Sobre normas inconstitucionales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°38, mayo-agosto, pp. 81-115.
- Moreso Mateos, José Juan y Navarro, Pablo Eugenio** (1993): *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (*Cuadernos y Debates*, N°44).
- Morrison, Stanley** (1949-1950): "Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?", *Stanford Law Review*, Vol. 2, pp. 140-173.
- Muguerza, Javier** (1990a): "De la intrascendentalidad de la razón", en *Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, pp. 115-151.
- (1990b): "Más allá del contrato social (venturas y desventuras de la ética comunicativa)", en *Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, pp. 255-376.
- (1989): "La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)", en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza et. al., Gregorio Peces-Barba (ed), Madrid, Debate, pp. 19-56.
- Munzer, Stephen R.** (1985): "Realistic Limits on Realist Interpretation", *Southern California Law Review*, Vol. 58, N°2, January, pp. 459-475.
- Murphy, Jeffrey G.** (1986): "Rationality and Constraints on Democratic Rule", en *Justification. Nomos XXVIII, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, J. Roland Pennock & John W. Chapman (eds), New York-London, New York University Press, pp. 141-164.
- Murphy, Walter F.** (1986): "Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter?", *The Review of Politics*, Vol. 48, N°3, summer, pp. 401-423.
- (1978): "Constitutional Interpretation: The Art of the Historian, Magician or Statesman?", *Yale Law Journal*, Vol. 87, N°8, July, pp. 1752-1771.
- Murphy, Arthur A. & Ellington, John P.** (1993): "Homosexuality and the Law: Tolerance and Containment II", *Dickinson Law Review*, Vol. 97, summer, pp. 693-ss.

- Nagel, Thomas** (1981): "The Supreme Court and Political Philosophy", *New York University Law Review*, Vol. 56, N^{os} 2-3, may-june, pp. 519-524.
- (1978): "Rawls on Justice", en *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice*, Norman Daniels (ed), Oxford, Basil Blackwell, pp. 1-16.
- Navarro, Pablo Eugenio** (1993): "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", *Doxa*, 14, pp. 243-268.
- Neale, Stephen** (1992): "Paul Grice and the Philosophy of Language", *Linguistics and Philosophy*, Vol. 15, N^o 5, pp. 509-559.
- Nelson, William** (1988): "Constitutional Limits on Majoritarian Democracy", en *Philosophical Dimensions of the Constitution*, Diana T. Meyers & Kenneth Kipnis (eds), Boulder, Westview Press, pp. 75-90.
- (1980): *On Justifying Democracy*, London-Boston & Henley, Routledge and Kegan Paul (hay traducción al español de Marta Guastavino, *La justificación de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1996).
- Nino, Carlos Santiago** (1996): *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven-London, Yale University Press.
- (1992): *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- (1991): "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, varios autores, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (*Cuadernos y Debates*, N^o 29), pp. 97-137.
- (1989 a): *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel.
- (1989 b): *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1985): *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- (1983): *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel.
- Nowell-Smith, P. H.** (1954): *Ethics*, Harmondsworth, Penguin (hay traducción al español de Gilberto Gutiérrez, *Ética*, Estella, Verbo Divino, 1977).
- Nubiola, Jaime** (1984): *El compromiso esencialista de la lógica modal. Estudio de Quine y Kripke*, Ediciones Universidad de Navarra.
- Nuño, Juan A.** (1987): "Esto no tiene nombre", *Crítica*, Vol. 19, pp. 3-17.
- O'hair, S.G.** (1969): "Implications and Meaning", *Theoria*, Vol. XXXV, pp. 38-54.

Pap, Arthur (1958): *Semantics and Necessary Truth*, New Haven, Yale University Press (hay traducción al español de César Nicolás Molina Flores, *Semántica y verdad necesaria: una investigación sobre los fundamentos de la filosofía analítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970).

Parfit, Derek (1984): *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press.

Patterson, Dennis M. (1989): "Realist Semantics and Legal Theory", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. II, N°2, july, pp. 175-179.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (1989): "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho", en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza et. al., Gregorio Peces-Barba (ed), Madrid, Debate, pp. 265-277.

Perry, Michael J. (1994): *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, New York, Oxford University Press.

----- (1991): "The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation", *Virginia Law Review*, Vol. 77, N°3, may, pp. 669-719.

----- (1988): *Morality Politics and the Law: A Bicentennial Essay*, New York, Oxford University Press.

----- (1985): "The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional ' Interpretation' ", *Southern California Law Review*, Vol. 58, N°2, pp. 551-602.

----- (1982): *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Policymaking by the Judiciary*, New Haven, Yale University Press.

Pildes, Richard H. (1994): "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", *Hastings Law Journal*, Vol. 45, april, pp. 711-751.

Platts, Mark (1988): "Moral Reality", en *Essays on Moral Realism*, Geoffrey Sayre-McCord (ed), Ithaca-London, Cornell University Press, pp. 282-302.

Plucknett, Theodore F. T. (1926): "Bonham's Case and Judicial Review", *Harvard Law Review*, Vol. 40, N°1, november, pp. 30-70.

Posner, Richard (1988): "Statutory Interpretation-in the Classroom and in the Courtroom", *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, N°2, spring, pp. 800-822.

Postema, Gerald J. (1982): "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. XI, N°1, january, pp. 165-203.

Pound, Roscoe (1907): "Spurious Interpretation", *Columbia Law Review*, Vol. VII, N°6, june, pp. 379-386.

Powell, H. Jefferson (1987): "Rules for Originalists", *Virginia Law Review*, Vol. 73, N°4, may, pp. 659-699.

————— (1985): "The Original Understanding of Original Intent", *Harvard Law Review*, Vol. 98, march, pp. 885-948.

Presser, Stephen B. (1989): "The Original Misunderstanding: the English, the Americans, and the Dialectic of Federalist Constitutional Jurisprudence", *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, N°1, fall, pp. 106-185.

Presser, Stephen B. y Hurley, Becky Bair (1984): "Saving God's Republic: The Jurisprudence of Samuel Chase", *University of Illinois Law Review*, Vol. 1984, N°3, pp. 771-822.

Prieto Sanchís, Luis (1991): "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°9, mayo-agosto, pp. 175-198.

Putnam, Hilary (1991): "El significado de 'significado' ", en *La búsqueda del significado*, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 131-193 (traducción de Juan José Acero del original, "The Meaning of 'meaning' ", en *Language, Mind and Knowledge*, *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, K. Gunderson (ed), University of Minnesota Press, 1975).

————— (1975): "Language and Reality", en *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, Vol. II, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp.

————— (1975a): "Is Semantics Possible?", en *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, Vol. II, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp. 139-152.

————— (1975b): "The refutation of Conventionalism", en *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, Vol. II, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp. 153-191.

————— (1975c): "Explanation and Reference", en *Mind, Language and Reality. Philosophical Papers*, Vol II, Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp. 196-214.

Quine, William Van Orman (1991): "Dos dogmas del empirismo" en *La búsqueda del significado*, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 220-243 (traducción de Manuel Sacristán del original, "Two Dogmas of empiricism", en *From a Logical Point of View*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1953).

————— (1988): *Las raíces de la referencia*, Madrid, Alianza Universidad (traducción de Manuel Sacristán del original, *The Roots of Reference*, Open court, 1974).

————— (1977a): "Necessary Truth", en *The Ways of Paradox and other essays*, Cambridge (Mass)-London, Harvard University Press, pp. 68-76 (1ª edición de 1966).

- (1977b): "Three Grades of Modal Involvement", en *The Ways of Paradox and other essays*, Cambridge (Mass)-London, Harvard University Press, pp. 158-176 (1ª edición de 1966).
- (1972): "Review of *Identity and Individuation*", *The Journal of Philosophy*, Vol. 69, N°16, september, pp. 488-497.
- (1969): "Ontological Relativity", en *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, Columbia University Press, pp. 26-68.
- Radin, Max** (1929-1930): "Statutory Interpretation", *Harvard Law Review*, Vol. 43, pp. 863-885.
- Railton, Peter** (1997): "Moral Realism", en *Moral Discourse & Practice*, Stephen Darwall, Allan Gibbard y Peter Railton (eds), New York-Oxford, Oxford University Press, pp. 137-163 (originalmente en *The Philosophical Review*, Vol. 95, 1986, pp. 163-207).
- Rakove, Jack N.** (1996): *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, Knopf.
- Rapaczynski, Andrzej** (1988): "The Ninth Amendment and the Unwritten Constitution: The Problems of Constitutional Interpretation", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 64, N°1, pp. 177-210.
- Rawls, John** (1993): *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press (hay traducción al español de Antoni Doménech, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996).
- (1980): "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, Vol. 78, N°9, september, pp. 515-572 (existe traducción al español de Miguel Ángel Rodilla, "El constructivismo kantiano en la teoría moral", en J. Rawls, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 137-186).
- (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press.
- Raz, Joseph** (1996a): "Why Interpret?", *Ratio Juris*, Vol. 9, N°4, december, pp. 349-363.
- (1996b): "Intention in Interpretation", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Robert P. George (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 249-286.
- (1995): "Interpretation Without Retrieval", en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Andrei Marmor (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 155-175.
- (1989): "Facing Up: A Reply", *Southern California Law Review*, Vol. 62, pp. 1153-1235.

- (1986a): *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- (1986b): "Dworkin: A New Link in the Chain", *California Law Review*, Vol. 74, N°3, may, pp. 1103-1119.
- (1978): "Reasons for Action, Decisions and Norms", en *Practical Reasoning*, Joseph Raz (ed), Oxford, Oxford University Press, pp. 128-143.
- Redish, Martin H. & Chung, Theodore T.** (1994): "Democratic theory and the Legislative Process: Mourning the Death of Originalism in Statutory Interpretation", *Tulane Law Review*, Vol. 68, N°4, march, pp. 803-881.
- Regan, Donald H.** (1989): "Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom", *Southern California Law Review*, Vol. 62, N°3-4, march-may, pp. 995-1095.
- Rehnquist, William H.** (1976): "The Notion of a Living Constitution", *Texas Law Review*, Vol. 54, N°4, may, pp. 693-704.
- Reynolds, Bradford W.M.** (1989): "Originalism and the Separation of Powers", *Tulane Law Review*, Vol. 63, N°6, june, pp. 1541-1554.
- Rice, Charles** (1991): "The Bill of Rights and the Doctrine of Incorporation", en *The Bill of Rights. Original Meaning and Current Understanding*, Eugene W. Hickok Jr. (ed), University Press of Virginia, pp. 11-16...
- Richards, David A.J.** (1990): "Originalism Without Foundations", *New York University Law Review*, Vol. 65, november, pp. 1373-1407.
- (1989): *Foundations of American Constitutionalism*, New York, Oxford University Press.
- (1985): "Interpretation and Historiography", *Southern California Law Review*, Vol. 56, pp. 489-549.
- (1983): "The Aims of Constitutional Theory", *University of Dayton Law Review*, Vol. 8, N°3, summer, pp. 723-744.
- (1979): "Human Rights as the Unwritten Constitution: The Problem of Change and Stability in Constitutional Interpretation", *University of Dayton Law Review*, Vol. 4, N°2, summer, pp. 295-303.
- Ródenas Calatayud, Ángeles** (1996): *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Rubenstein, William B.** (1993): *Lesbians, Gay Men and the Law*, New York, The New Press.
- Rubio Carracedo, José** (1992): *Ética constructiva y autonomía personal*, Madrid, Tecnos.
- Rubio Llorente, Francisco** (1988): "La jurisdicción constitucional como forma de

creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N°22, enero-abril, pp. 9-51.

Ruiz Miguel, Alfonso (1994): "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, 15-16, Vol. II, pp. 651-674.

————— (1992): "Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate", *Doxa*, 12, pp. 95-114.

————— (1990): "Los derechos humanos como derechos morales", *Anuario de Derechos Humanos*, N°6, pp. 149-160.

————— (1989): "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en *El fundamento de los derechos humanos*, Javier Muguerza et. al., Gregorio Peces-Barba (ed), Madrid, Debate, pp. 321-326.

Rumfitt, Ian (1995): "Truth Conditions and Communication", *Mind*, Vol. 104, october, pp. 827-862.

Russell, Bertrand (1964): *El conocimiento humano. Su alcance y limitaciones*, Madrid, Taurus (1ª edición de 1950, traducción de Antonio Tovar del original, *Human Knowledge. Its Scope and Limits*, London, George Allen & Unwin, 1948).

Sager, Lawrence G. (1981): "Rights Skepticism and Process-Based Responses", *New York University Law Review*, Vol. 56, N°s 2-3, may-june, pp. 417-445.

Salmerón, Fernando (1992): "Intuición y análisis. Los orígenes de la Filosofía Moral Analítica a partir de Moore y Wittgenstein", en *Concepciones de la Ética*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Victoria Camps, Osvaldo Guariglia y Fernando Salmerón (eds), Madrid, Trotta, pp. 153-175.

Sandel, Michael J. (1994): "Political Liberalism (review of J. Rawls)", *Harvard Law Review*, Vol. 107, N°7, may, pp. 1765-1794.

————— (1989): "Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality", *California Law Review*, Vol. 77, N°3, may, pp. 521-538.

Sarangi, Srikant K. & Slembrouck, Stefaan (1992): "Non-cooperation in communication: A reassessment of Gricean Pragmatics", *Journal of Pragmatics*, Vol. 17, N°2, february, pp. 117-154.

Sayre-McCord, Geoffrey (1988): "Moral Theory and Explanatory Impotence", en *Essays on Moral Realism*, Geoffrey Sayre-McCord (ed), Ithaca-London, Cornell University Press, pp. 256-281.

Scalia, Antonin (1997): "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Amy Gutmann (ed), Princeton, Princeton University Press, pp. 3-47.

- _____ (1989): "Originalism: The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 57; N°3; pp. 849-865.
- Schauer, Frederick** (1993): "Constitutional Positivism", *Connecticut Law Review*, Vol. 25, N°3, spring, pp. 797-828.
- _____ (1991): *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.
- _____ (1987): "The constitution as Text and Rule", *William & Mary Law Review*, Vol. 29, N°1, fall, pp. 41-51.
- _____ (1982): "An Essay on Constitutional Language", *University of California Law Review*, Vol. 29, N° 4, april, pp. 797-832.
- Schiffer, Stephen** (1982): "Intention-Based Semantics", *Notre Dame Journal of Formal Logic*, Vol. 23, N°2, april, pp. 119-156.
- Schmitt, Carl** (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos (traducción al español de Roberto J. Brie).
- Schwartz, Bernard** (1990): *The New Right and the Constitution. Turning Back the Legal Clock*, Boston, Northeastern University Press.
- Schwartz, Stephen** (1977): "Introduction", en *Naming, Necessity and Natural Kinds*, Stephen P. Schwartz (ed), Ithaca-London, Cornell University Press, pp. 13-41.
- Searle, John R.** (1994): *Actos de habla*, Madrid, Cátedra (4ª edición, traducción de Luis M. Valdés Villanueva, del original en inglés *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969).
- _____ (1986): "Meaning, Communication and Representation", en *Philosophical Grounds of Rationality: Intentions, Categories, Ends*, Richard E. Grandy & Richard Warner (eds), Oxford, Clarendon Press, pp. 209-226.
- _____ (1965): "What is a Speech Act?", en *Philosophy in America*, Max Black (ed), Ithaca, Cornell University Press, pp. 221-239.
- Sen, Amartya** (1996): "Legal Rights and Moral Rights: Old Questions and New Problems", *Ratio Juris*, Vol. 9, N°2, june, pp. 153-167.
- Shapiro, Richard B.** (1988): "Enough About Originalism", *Northern Kentucky Law Review*, Vol. 15, N°3, pp. 513-538.
- Shepsle, Kenneth A.** (1992): "Congress Is a 'They', Not an 'It': Legislative Intent as Oxymoron", *International Review of Law and Economics*, Vol. 12, N°2, june, pp. 239-256.
- Sieyès, Emmanuel Joseph** (1993): "Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la 'Jury Constitutionnaire' propuesta el 2 del Termidor", en *Escritos Políticos de sieyès*, David Pantoja Morán (comp), México, Fondo de Cultura Económica, pp. 257-269.

- Simon, Herbert A.** (1972): "Theories of Bounded Rationality", en *Decision and Organization*, C.B. Radner & R. Radner (eds), Amsterdam, North Holland Publishing Company, pp. 161-176.
- Simon, Larry G.** (1985a): "The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?", *California Law Review*, Vol. 73, N°5, october, pp. 1482-1539.
- (1985b): "The Authority of the Constitution and its meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation", *Southern California Law Review*, Vol. 58, N°2, january, pp. 603-646.
- Slattery, Brian** (1987): "A Theory of the Charter", *Osgoode Law Journal*, Vol. 25, N°4, pp. 701-747.
- Smith, Eivind** (1995): "The Legitimacy of Judicial Review of Legislation-A Comparative Approach", en *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Eivind Smith (ed), La Haya, Kluwer Law International, pp. 363-402.
- Smith, Quentin** (1995): "Marcus, Kripke and the Origin of the New Theory of Reference", *Synthese*, Vol. 104, N°2, august, pp. 179-189.
- (1995): "Marcus and the New Theory of Reference: A Reply to Scott Soames", *Synthese*, Vol. 104, N°2, august, pp. 217-244.
- Smith, Steven D.** (1993): "Idolatry in Constitutional Interpretation", *Virginia Law Review*, Vol. 79, N°3, april, pp. 583-631.
- (1989): "Law without Mind", *Michigan Law Review*, Vol. 88, N°1, october, pp. 104-119.
- Snowiss, Sylvia** (1990): *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven, Yale University Press.
- Soames, Scott** (1995): "Revisionism about Reference: A Reply to Smith", *Synthese*, Vol. 104, N°2, august, pp. 191-216.
- Solum, Lawrence B.** (1989): "Originalism as Transformative Politics", *Tulane Law Review*, Vol. 63, N° 6, pp. 1599-1629.
- Stalnaker, Robert** (1991): "A Theory of Conditionals", en *Conditionals*, Frank Jackson (ed), Oxford, Oxford University Press, pp. 28-45.
- Stevenson, Charles L.** (1937): "The Emotive Meaning of Ethical Terms", *Mind*, Vol. 46, pp.14-31 (posteriormente incluido en *Logical Positivism*, A.J. Ayer (ed), Chicago, The Free Press, 1959; recopilación traducida al español, *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965).
- Strawson, P. F.** (1991): "Significado y verdad", en *La búsqueda del significado*, Luis Ml. Valdés Villanueva (ed), Madrid, Tecnos, pp. 335-353 (traducción de Luis Ml. Valdés Villanueva, del original "Meaning and Truth", en *Logico-Linguistic Papers*, London, Methuen & Co., 1971, pp. 170-189).

- (1964): "Intention and Convention in Speech Acts", *Philosophical Review*, Vol. 73, pp. 439-460 (hay traducción al español de Alfonso García suárez y Luis Ml. Valdés Villanueva en P. F. Strawson, *Ensayos lógico-lingüísticos*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 171-193).
- Sturgeon, Nicholas** (1988): "Moral Explanations", en *Essays on Moral Realism*, Geoffrey Sayre-McCord (ed), Ithaca-London, Cornell University Press, pp. 229-255.
- Summers, Robert S.** (1991): "Statutory Interpretation in the United States", en *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Neil MacCormick & Robert S. Summers (eds), Dartmouth, pp. 407-459.
- Sunstein, Cass R.** (1996): "Foreword: Leaving Things Undecided", *Harvard Law Review*, Vol. 110, N°1, november, pp. 6-101.
- (1988a): "Constitutions and Democracies: An Epilogue", en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad (eds), Cambridge (Mass), Cambridge University Press, pp. 327-356.
- (1988b): "Beyond the Republican Revival", *Yale Law Journal*, Vol. 97, pp. 1539-1590.
- (1985): "Interest-Groups in American Public Law", *Stanford Law Review*, Vol. 38, N°1, november, pp. 29-87.
- (1984): "Naked Preferences and the Constitution", *Columbia Law Review*, Vol. 84, november, 1689-1732.
- Suppes, Patrick** (1986): "The Primacy of Utterer's Meaning", en *Philosophical Grounds of Rationality: Intentions, Categories, Ends*, Richard E. Grandy & Richard Warner (eds), Oxford, Clarendon Press, pp. 109-129.
- Taylor, George H.** (1995): "Structural Textualism", *Boston University Law Review*, Vol. 75, march, pp. 321-385.
- tenBroek, Jacobus** (1938): "Admissibility and Use by the United States Supreme Court of Extrinsic Aids in Constitutional Construction", *California Law Review*, Vol. 26, números 3 (march), 4(may) y 6 (september), pp. 287-308, 437-454 y 664-681 (respectivamente).
- Thayer, James Bradley** (1893): "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, Vol. VII, N°3, october, pp. 129-156.
- Thiebaut, Carlos** (1992): *Los límites de la comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Tisdell, Clem** (1975): "Concepts of Rationality in Economics", *Philosophy of the Social Sciences*, Vol. 5, pp. 259-272.
- Tomás y Valiente, Francisco** (1994): "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa*, 15-16 (Vol. II), pp. 635-650.

Travis, Charles (1991): "Annals of Analysis", *Mind*, Vol. 100, april, pp. 237-264.

Treanor, William Michael (1994): "The Case of Prisoners and the Origins of Judicial Review", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, N°2, december, pp. 491-570.

Tribe, Laurence H. & Dorf, Michael C. (1991): *On Reading the Constitution*, Cambridge (Mass)-London, Harvard University Press.

Tushnet, Mark V. (1985): "A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory", *Southern California Law Review*, Vol. 58, N°2, january, pp. 683-700.

----- (1983): "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", *Harvard Law Review*, Vol. 96, february, pp. 781-827.

Ullmann-Margalit, Edna (1977): *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press.

Valdés, Margarita (1988): "Contingencia a priori", *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Vol. XX, N°59, agosto, pp. 70-107.

Vallespín Oña, Fernando (1985): *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza.

Vidal Gil, Ernesto J. (1994): "Justificación de la democracia y límites a la decisión por mayorías", *Doxa*, 15-16 (Vol. I), pp. 227-241.

Waissman, Friedrich (1951): "Verifiability", en *Essays on Logic and Language*, A. Flew (ed), Oxford, Blackwell, pp. 117-130 (hay traducción al español de Paloma Villegas, "Verificabilidad", en *La teoría del significado*, G.H.R. Parkinson (ed), México, Fondo de Cultura Económica, 1976).

Waldron, Jeremy (1997): *Law and Disagreement* (en prensa).

----- (1995): "Legislators' Intentions and Unintentional Legislation", en *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Andrei Marmor (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 329-356.

----- (1994a): "Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues", *California Law Review*, Vol. 82, N°3, may, pp. 509-540.

----- (1994b): "Freeman's Defense of Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 13, N°1, february, pp. 27-41.

----- (1993a): "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, N°1, pp. 18-51.

----- (1993b): "Rights and Majorities: Rousseau Revisited", en *Liberal Rights. Collected Papers (1981-1991)*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 392-421 (originalmente en *Majorities and Minorities. Nomos XXXII*, Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy, New York, New York University Press, 1990, pp. 44-75).

- (1992): "The Irrelevance of Moral Objectivity", en *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Robert P. George (ed), Oxford, Clarendon Press, pp. 158-187.
- (1987): *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London-New York, Methuen.
- Walzer, Michael** (1981): "Philosophy and Democracy", *Political Theory*, Vol. 9, N°3, august, pp. 379-399.
- Weinberg, Steven** (1992): *Dreams of a Final Theory. The Scientist's Search for the Ultimate Laws of Nature*, New York, Vintage Books (existe traducción al castellano de José Javier García Sanz, *El sueño de una teoría final*, Barcelona, Crítica, 1996).
- Weinrib, Lorraine Eisenstat** (1990): "Learning to Live With the Override", *McGill Law Journal*, Vol. 35, N°3, may, pp. 541-571.
- Wellington, Harry H.** (1990): *Interpreting the Constitution. The Supreme Court and the Process of Adjudication*, New Haven-London, Yale University Press.
- (1973): "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication", *Yale Law Journal*, Vol. 83, N°2, pp. 221-311.
- West, Robin** (1990): "Progressive and Conservative Constitutionalism", *Michigan Law Review*, Vol. 88, N°4, february, pp. 641-721.
- Wiggins, David** (1997): "A Sensible Subjectivism?", en *Moral Discourse & Practice*, Stephen Darwall, Allan Gibbard and Peter Raiton (eds), New York-Oxford, Oxford University Press, pp. 227-244 (originalmente en David Wiggins, *Needs, Values, Truth: Essays in the Philosophy of Value*, Oxford, Blackwell, 1991).
- (1991): "Ayer's Ethical Theory: Emotivism or Subjectivism?", *Philosophy* (Supp. 30, A. J. Ayer Memorial Essays), pp. 181-196.
- (1976): "Truth, Invention and the Meaning of Life", *Proceedings of the British Academy*, Vol. 62, pp. 331-378.
- Williams, Bernard** (1980): "Internal and External Reasons", en *Rational Action*, R. Harrison (ed), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 101-113.
- Wilson**, (1970): "Grice on Meaning: The Ultimate Counterexample", *Nous*, Vol. 4, N°3, september, pp. 295-302.
- Winter, Steven L.** (1993): "Confident, But Still Not Positive", *Connecticut Law Review*, Vol. 25, spring, pp. 893-921.
- Wittgenstein, Ludwig** (1989): *Conferencia sobre ética*, Barcelona, Paidós-I.C.E.-U.A.B (traducción de Fina Birulés, del original, "Wittgenstein's Lecture on Ethics", *The Philosophical Review*, january 1965).

- (1980): *Culture and Value*, G. H. Von Wright y Heikki Nyman (eds), Oxford, Basil Blackwell (traducción de Peter Winch, del original *Vermischte Bemerkungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977).
- Wolfe, Christopher** (1996): *How to Read the Constitution. Originalism, Constitutional Interpretation and Judicial Review*, Lanham, Rowman & Littlefield.
- (1994): *The Rise of Modern Judicial Review. From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, Rowman & Littlefield, ed. revisada (hay traducción al español de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991)
- Wollheim, Richard** (1972): "A Paradox in the Theory of Democracy", en *Philosophy, Politics and Society 2nd series*, Peter Laslett & W. G. Runciman (eds), Oxford, Basil Blackwell, pp. 71-87.
- Wood, Gordon S.** (1988): "The Origins of Judicial Review", *Suffolk University Law Review*, Vol. 22, N°4, winter, pp. 1293-1307.
- Wright, Crispin** (1984): "Kripke's Account of the Argument against Private Language", *The Journal of Philosophy*, Vol. 81, N°2, december, pp. 759-778.
- von Wright, Georg Henrik** (1997): "Ser y deber ser", en *La normatividad del derecho*, Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (comps), Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 87-110 (traducción al español de Ernesto Garzón Valdés del original, "Is and Ought", en *Man, Law and Modern Forms of Life*, Eugenio Bulygin et. al (eds), Dordrecht, Reidel, 1985, pp. 263-281).
- Yablon, Charles M.** (1987): "Law and Metaphysics", *Yale Law Journal*, Vol. 96, N°3, january, pp. 613-636.
- Young, Ernest** (1994): "Rediscovering Conservatism: Burkean Political Theory and Constitutional Interpretation", *North Carolina Law Review*, Vol. 72, N°3, pp. 619-724.
- Zemach, Eddy M.** (1976): "Putnam's Theory on the Reference of Substance Terms", *Journal of Philosophy*, Vol. 78, N°5, march, pp. 116-127.
- Ziff, Paul** (1967): "On H. P. Grice's Account of Meaning", *Analysis*, Vol. 28, N°1, october, pp. 1-8.

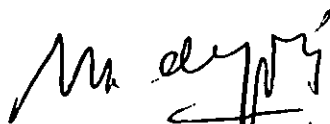
REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE APTO. CUM. LAUDE
POR UNANIMIDAD
MADRID, a 31 de octubre de 1997.

El Presidente



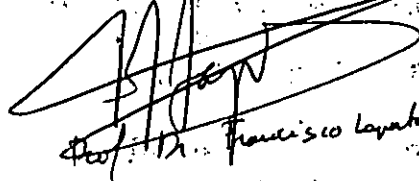
Prof. Dr. Eusebio Peón-Barba

El Vocal 1º

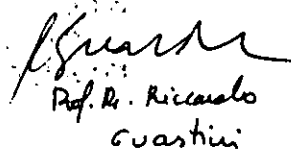


Prof. Dr. Manuel Aragón

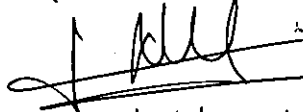
El Vocal 2º


Prof. Dr. Francisco Lavata

El Vocal 3º


Prof. Dr. Riccardo
Guastini

el secretario



Prof. Dr. José Juan Motoso

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID



5000 210

50/2

